

**UiO • Det juridiske fakultet**

# Diskrimineringsvern i arbeidslivet for mennesker med nedsatt funksjonsevne

Sikring av et reelt vern i rekrutteringsprosessen og i forbindelse med retten  
til individuell tilrettelegging

Kandidatnummer: 580

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 17 716



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Temaets aktualitet .....	1
1.2	Problemstilling .....	3
1.3	Avgrensning .....	4
1.4	Fremstilling videre .....	4
<b>2</b>	<b>METODE OG RETTSKILDER .....</b>	<b>6</b>
2.1	Metode .....	6
2.2	Internasjonal rett .....	7
2.2.1	FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) .....	7
2.2.2	EUs rådsdirektiv 2000/78/EF .....	8
2.3	Nasjonal rett .....	9
2.3.1	Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven .....	9
2.3.2	Arbeidsmiljøloven .....	9
<b>3</b>	<b>BEGREPET ”NEDSATT FUNKSJONSEVNE” .....</b>	<b>11</b>
3.1.1	Tradisjonelt vs. nytt syn på ”funksjonshemming” .....	11
3.1.2	Nærmere om innholdet i begrepet ”nedsatt funksjonsevne” .....	13
<b>4</b>	<b>OVERORDNET OM DISKRIMINERINGSVERNETS STRUKTUR .....</b>	<b>15</b>
4.1	Generelt om diskriminering .....	15
4.1.1	Forskjellsbehandling vs. diskriminering .....	15
4.1.2	Direkte og indirekte diskriminering .....	16
4.1.3	Strukturell diskriminering .....	17
<b>5</b>	<b>DISKRIMINERINGSVERNET I ARBEIDSLIVET .....</b>	<b>18</b>
5.1	Hovedregel: Diskrimineringsforbud .....	18
5.1.1	Internasjonal rett .....	18
5.1.2	Nasjonal rett .....	20
5.2	Unntak: Lovlig forskjellsbehandling .....	21

5.2.1	Internasjonal rett .....	21
5.2.2	Nasjonal rett .....	23
5.2.3	Saklig formål, nødvendig og forholdsmessig .....	24
5.3	Arbeidsgivers styringsrett .....	27
5.4	Kvalifikasjonsprinsippet i offentlige stillinger.....	27
5.5	Konklusjon .....	29
<b>6</b>	<b>REKRUTTERINGSPROSESSEN .....</b>	<b>31</b>
6.1	Utlysning av stilling .....	31
6.2	Intervju .....	32
6.2.1	Behovet for å foreta intervju .....	32
6.2.2	Innkallelse til intervju – valg av kandidater.....	33
6.2.3	Ønskede kvalifikasjoner hos søker – typetilfeller av forskjellsbehandlende kvalifikasjonskrav.....	33
6.2.4	Under intervjuet .....	37
6.3	Ansettelse .....	41
6.3.1	Private vs. offentlige arbeidsgivere – krav til ansettelsen.....	41
6.3.2	Arbeidsgivers opplysningsplikt .....	42
6.4	Konklusjon .....	42
<b>7</b>	<b>INDIVIDUELL TILRETTELEGGING I ARBEIDSLIVET .....</b>	<b>45</b>
7.1	Hovedregel: Rett til individuell tilrettelegging .....	45
7.1.1	Internasjonal rett .....	46
7.1.2	Nasjonal rett .....	47
7.2	Unntak: Uforholdsmessighet – proporsjonalitet .....	50
7.2.1	Internasjonal rett .....	50
7.2.2	Nasjonal rett .....	51
7.3	Nærmere om innholdet i retten til individuell tilrettelegging .....	52
7.3.1	Avgrensninger i retten til individuell tilrettelegging.....	52
7.3.2	Rett til individuell tilrettelegging – arbeidstakers plikter .....	53
7.3.3	Rett til individuell tilrettelegging – arbeidsgivers plikter .....	55
7.3.4	Uforholdsmessighetsvurderingen .....	58
7.4	Konklusjon .....	60

<b>8</b>	<b>AVSLUTNING .....</b>	<b>62</b>
<b>9</b>	<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>63</b>
9.1	Juridisk litteratur .....	63
9.2	Lover og forarbejder.....	64
9.3	Rettspraksis .....	67
9.4	Andre kilder.....	68

# 1 Innledning

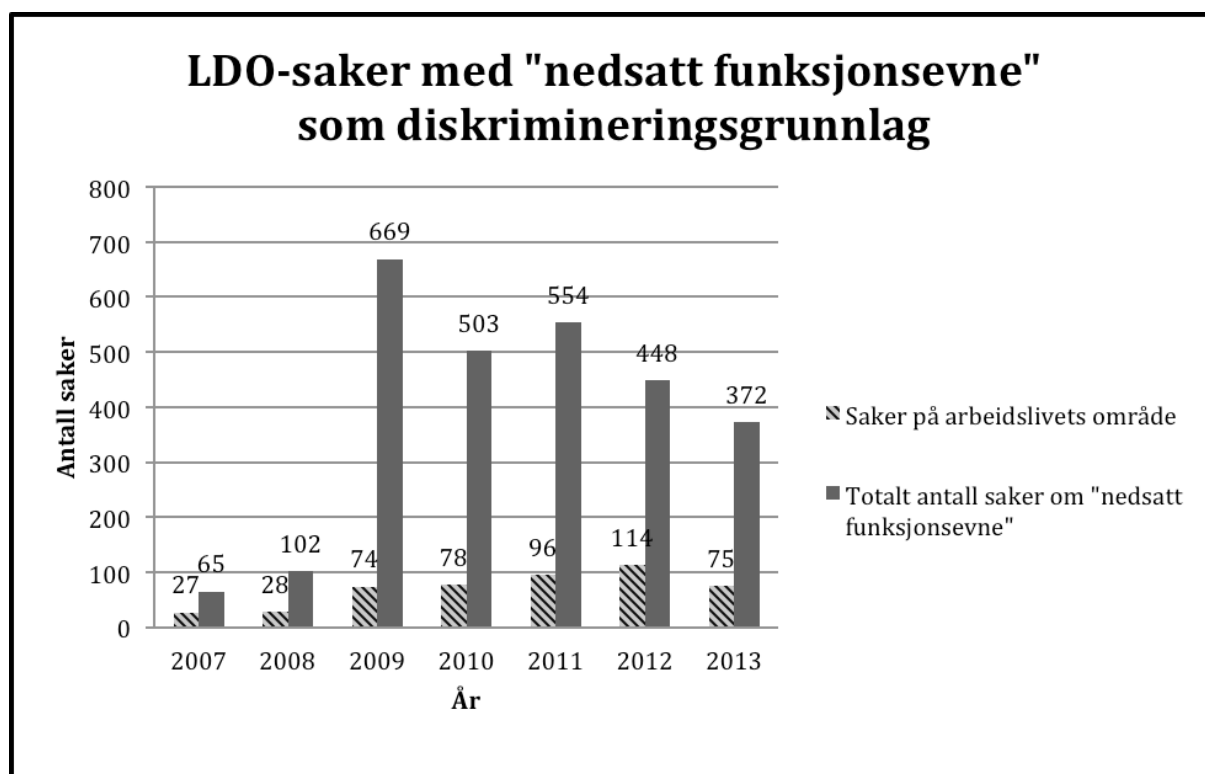
## 1.1 Temaets aktualitet

Det rettslige diskrimineringsfeltet er svært omfattende, og diskrimineringsvern er regulert gjennom både internasjonale og nasjonale rettslige instrumenter. Feltet spenner over flere ulike diskrimineringsgrunnlag som kjønn, rase, seksuell orientering og nedsatt funksjonsevne, samt i forskjellige deler av samfunnet, eksempelvis arbeidsliv og utdanning. Avhandlingen tar for seg mennesker med nedsatt funksjonsevne og deres diskrimineringsvern i arbeidslivet.

I Likestillings- og diskrimineringsombudet(LDO), Likestillings- og diskrimineringsnemda(LDN) og domstolsapparatet avgjøres det saker som omhandler diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne. I LDO var det i perioden 2007-2013 totalt 2713 klage- og veilednings-saker med ”nedsatt funksjonsevne” som diskrimineringsgrunnlag, og 492 av disse sakene omhandlet diskriminering i arbeidslivet.<sup>1</sup> På tross av at det foreligger et rettslig vern mot diskriminering av mennesker med nedsatt funksjonsevne, oppleves det altså til stadighet forskjellsbehandling. Antall saker for LDO viser at det er et sterkt behov for et effektivt rettslig vern mot diskriminering av gruppen . Utviklingen av antall saker for LDO gjennom årene er vist i tabellen nedenfor.

---

<sup>1</sup>Tall hentet fra Likestillings- og diskrimineringsombudet (2013a) og (2013b)



**Figur 1: Diagram over antall saker i LDO pr år med "nedsatt funksjonsevne" som diskrimineringsgrunnlag, og hvor mange av disse sakene som gjaldt diskriminering på arbeidslivets område.<sup>2</sup> For 2013 foreligger det kun statistikk for veiledningssaker.**

Den første diskriminerings- og tilgjengelighetsloven trådte i kraft 01.01.2009. Loven skapte betydelig flere rettigheter for mennesker med nedsatt funksjonsevne enn hva som forelå før ikrafttreddelsen. Den gjeldende diskriminerings- og tilgjengelighetsloven trådte i kraft 01.01.2014, og utgjør sammen med FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne(CRPD) et omfattende diskrimineringsrettslig rammeverk for mennesker med nedsatt funksjonsevne i Norge. Norge ratifiserte konvensjonen i juni 2013, men konvensjonen er per i dag ikke inkorporert i norsk rett.

Gjennom intensjonsavtalen om et inkluderende arbeidsliv (IA-avtalen), arbeider regjeringen og partene i arbeidslivet for et mer inkluderende arbeidsliv, og i avtalen er det blant annet satt fokus på å øke sysselsettingen av personer med nedsatt funksjonsevne.<sup>3</sup> Det har vært tre på-

<sup>2</sup> Tall hentet fra Likestillings- og diskrimineringsombudet (2013a) og (2013b)

<sup>3</sup> Regjeringen.no Arbeids- og sosialdepartementet. Tema. Velferdspolitik.

følgende avtaler i perioden 2001-2013, og ny avtale er nå inngått frem til 31. desember 2018.<sup>4</sup> Dette viser at det fortsatt er viktig å jobbe for at flere med nedsatt funksjonsevne sysselsettes.

Videre har FAFO nylig publisert en rapport om inkludering av personer med nedsatt funksjonsevne i arbeidslivet.<sup>5</sup> Statistikken de baserer seg på viser at ca. 86 000 personer av de som sto utenfor arbeidslivet, ønsket en jobb i 2013.<sup>6</sup> Dette tyder på at det er et behov for å styrke mulighetene for inntreden i arbeidslivet for mennesker med nedsatt funksjonsevne, herunder hindre at diskriminering skjer.

Norges ratifikasjon av CRPD, ny lovgivning og økt fokus på sysselsetting av mennesker med nedsatt funksjonsevne gjør det særlig aktuelt å se på hvordan diskrimineringsvernet for denne gruppen fungerer i arbeidslivet.

## **1.2 Problemstilling**

Siktemålet med oppgaven er å kaste lys over diskrimineringsvernets rekkevidde og innhold i arbeidslivet for mennesker med nedsatt funksjonsevne. Er regelverket pr. i dag utformet på en slik måte at det dekker alle faktiske problemer som kan oppstå i arbeidslivet, slik at det foreligger et reelt vern?

For å belyse dette, skal jeg ta for meg to områder i arbeidslivet hvor vernet fremstår som spesielt sentralt; rekrutteringsprosessen og retten til individuell tilrettelegging i arbeidsforholdet.

Jeg vil redegjøre for diskrimineringsvernet i rekrutteringsprosessen, herunder belyse hvilke skranker diskrimineringsvernet eventuelt legger for arbeidsgivers valg i de ulike stadiene, og hvilken betydning den faktiske prosessen har for at det skal foreligge et effektivt diskrimineringsvern.

---

<sup>4</sup> Regjeringen.no Arbeids- og sosialdepartementet. Tema. Velferdspolitik.

<sup>5</sup> Svalund og Hansen (2013)

<sup>6</sup> Statistisk sentralbyrå (2013)

I redegjørelsen vedrørende retten til individuell tilrettelegging vil siktemålet være å belyse rammene og kravene for tilretteleggingen. Herunder vil jeg forsøke å finne ut om retten til individuell tilrettelegging i arbeidslivet, slik den foreligger i dag, reelt sett fungerer på en effektiv måte.

### **1.3 Avgrensning**

Hovedfokuset i oppgaven vil være det særlige diskrimineringsvernet gjeldende for mennesker med nedsatt funksjonsevne. Dermed vil jeg avgrense mot diskrimineringsvernet i de generelle menneskerettighetskonvensjonene EMK, ØSK og SP.

Avhandlingen fokuserer på hovedregelen om diskrimineringsforbud, adgangen til lovlig forskjellsbehandling og retten til individuell tilrettelegging. Grunnet oppgavens omfang, vil jeg ikke belyse forbud mot trakassering, gjengjeldelse, instruks og medvirkning, ei heller redegjøre for håndhevingsorganenes kompetanse og de spesielle bevisbyrdereglene som gjelder på feltet.

### **1.4 Fremstilling videre**

I kapittel 2 vil jeg redegjøre for metoden og rettskildene jeg benytter meg av, i kapittel tre vil jeg redegjøre for begrepet ”nedsatt funksjonsevne”, og i kapittel 4 belyser jeg overordnet om diskrimineringsvernet.

Det rettslige grunnlaget for diskrimineringsvernet i arbeidslivet tar jeg for meg i kapittel 5, herunder hvordan den nasjonale retten samsvarer med den internasjonale. Det rettslige grunnlaget for retten til individuell tilrettelegging vil imidlertid bli redegjort for i et eget kapittel.

Videre går jeg i kapittel 6 inn på rekrutteringsprosessen i arbeidslivet og hvordan diskrimineringsvernet spiller inn på prosessen. I kapittelets konklusjon vil jeg samlet drøfte hvilke sider av rekrutteringsprosessen som kan skape problemer for et effektivt diskrimineringsvern, herunder forslag til tiltak som kan bedre den reelle rettstilstanden.

Retten til individuell tilrettelegging belyses i kapittel 7. Først vil jeg redegjøre for det rettslige grunnlaget, for deretter å gå nærmere inn på innholdet i retten. Også her vil jeg samlet, i kon-



klusjonen, drøfte hvilke problemer som kan oppstå ved oppfyllelsen av retten til individuell tilrettelegging i arbeidslivet.

## 2 Metode og rettskilder

### 2.1 Metode

I avhandlingen anvender jeg alminnelig norsk juridisk metode, det vil si at jeg baserer meg på lovteksten, forarbeider, praksis fra håndhevingsorganer, sedvane, juridisk litteratur og reelle hensyn.<sup>7</sup>

Ved tolkningen av de internasjonale reglene, forholder jeg meg til tolkningsmomentene som fremkommer av Wien-konvensjonen art. 31, altså at de skal tolkes «in good faith in accordance with the meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its purpose». Dette anses som folkerettslig sedvanerett.<sup>8</sup> I tillegg vil tolkningspraksis og kommentarer til de generelle menneskerettslige instrumentene ha betydning ved tolkingen av CRPD, grunnet lite praksis knyttet til konvensjonen.

Når det gjelder de nasjonale reglene, vil forarbeidene ha stor betydning for hvordan disse skal tolkes. Dette fordi lovteksten til tider er vid, samt at relevante momenter i noen tilfeller er utelatt fra lovteksten.

Det foreligger pr. i dag ingen dommer fra Høyesterett vedrørende diskriminering av mennesker med nedsatt funksjonsevne. Der Høyesterett belyser problemstillinger som kan være relevante for drøftelsen, vil jeg imidlertid trekke dette inn. Praksis fra Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda vil bli belyst, og praksisen anses svært relevant da det er disse som håndhever de norske lovreglene. Ellers vil jeg benytte meg av relevant juridisk teori om temaet.

Nedenfor vil jeg redegjøre kort for de rettslige instrumentene jeg benytter meg av, og hvorfor disse anses relevante.

---

<sup>7</sup> Jfr. bl.a. Eckhoff (2001) s. 23

<sup>8</sup> Ruud og Ulfstein (2006) s. 74

## 2.2 Internasjonal rett

Mennesker med nedsatt funksjonsevne er vernet av diskrimineringsforbudene i de generelle menneskerettskonvensjonene – EMK, ØSK, SP, KDK, BK og RDK. Oppgaven vil imidlertid ha fokus på de spesielle internasjonale regelsettene vedrørende mennesker med nedsatt funksjonsevne, herunder FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) og EUs rådsdirektiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskjeftigelse og erverv (EUs rammedirektiv).

### 2.2.1 FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD)

Konvensjonen ble vedtatt 13. desember 2006, og Norge ratifiserte konvensjonen 3. juni 2013.<sup>9</sup> Tilleggsprotokollen om individers klageadgang er imidlertid ikke undertegnet av Norge, og flere andre land har også valgt å ikke undertegne denne.<sup>10</sup> CRPD er, i motsetning til andre menneskerettighetsinstrumenter, ikke inkorporert i norsk rett, verken gjennom menneskerettslovens § 2, eller ved henvisning til konvensjonen i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Resultatet av dette kan bli at CRPD får en svakere stilling i norsk rett.<sup>11</sup> Imidlertid skal Norsk rett, etter presumsjonsprinsippet, tolkes slik at den er i samsvar med Norges forpliktelser etter konvensjonen.<sup>12</sup> Myndighetene plikter videre etter Grunnloven § 110 c å «respektere og sikre Menneskerettighetene». CRPD skal dermed ha et sterkt preg på norsk rett.

Norge som stat har positive forpliktelser overfor borgerne i lys av å være part i CRPD, og staten er dermed forpliktet til å gjennomføre plikter og rettigheter som kommer frem av konvensjonen. Tolkning og praksis etter CRPD vil dermed ha betydning for hvordan den norske rett skal tolkes og anvendes. Jeg vil derfor trekke inn rettighetene som følger av CRPD i beskrivelsene av funksjonsnedsattes rettslige vern.

---

<sup>9</sup> UN Enable. Convention and Optional Protocol Signatures and Ratifications.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Smith (2009)

<sup>12</sup> Høstmælingen (2003) s. 344

Det er viktig å påpeke at presumsjonsprinsippet står svakere i situasjoner som gjelder mellom private parter, enn dersom det er det offentlige som pålegges plikter gjennom tolkningen.<sup>13</sup> Private aktører er bundet av nasjonal rett, og private parter kan ikke pålegges plikter etter CRPD alene, da de ikke er part i konvensjonen. Imidlertid vil CRPD kunne ha indirekte betydning overfor private aktører og deres plikter, grunnet i at de nasjonale håndhevingsorganene skal tolke den nasjonale retten i lys av CRPD.

### **2.2.2 EUs rådsdirektiv 2000/78/EF**

EUs rådsdirektiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskjeftigelse og erverv (EUs rammedirektiv) gir vern mot diskriminering på grunnlag av religion, tro, funksjonshemming, alder og seksuell orientering. Vernet etter rammedirektivet gjelder kun innenfor arbeidslivet.

Norge er ikke part i EU, og vil dermed ikke være direkte bundet av EUs direktiver og forordninger. Men som EØS-land, vil Norge være bundet av direktiver som er hjemlet i bestemmelser som er en del av EØS-avtalen. Rammedirektivet er hjemlet i TEUF artikkel 19 (tidligere EF-traktaten artikkel 13), og denne artikkelen ble vedtatt *etter* inngåelsen av EØS-avtalen.<sup>14</sup> Direktivet er ikke en del av norsk rett, grunnet at EFTA-landene ikke kom til enighet om å innlemme rammedirektivet i EØS-avtalen.<sup>15</sup> Imidlertid var Norge positive til innlemmelse av direktivet, erklærte at lovgivning tilsvarende direktivet ville bli vurdert, og tok del i EUs handlingsprogram mot diskriminering.<sup>16</sup> Norge som stat er altså politisk forpliktet, ikke rettslig forpliktet, til å gjennomføre direktivet.

På tross av at Norge ikke er rettslig forpliktet av direktivet, vil tolkninger i lys av direktivet kunne bidra til å belyse de norske reglene. Da Norge etterstreber å ha tilsvarende vern som direktivet, vil rettspraksis, tolkninger og vurderinger etter direktivet ha betydning for hvordan den norske rett bør eller skal forstås, fordi norske regler ikke skal gi dårligere vern enn det

---

<sup>13</sup> Strand (2012) s. 483, jfr også s. 1829 i Rt. 2000 s. 1811.

<sup>14</sup> Hotvedt og Syse (2008) s. 122

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Ibid.

som følger av direktivet.<sup>17</sup> Eksempler vil være hvordan enkelte bestemmelser som helhet skal tolkes, hva som ligger i de forskjellige definisjonene i regelen, samt det nærmere omfanget av vernet. Jeg vil derfor trekke inn rammedirektivets diskrimineringsvern, spesielt fordi direktivet er utformet med tanke på arbeidslivet og de spesielle situasjoner som kan oppstå på dette området.

## **2.3 Nasjonal rett**

### **2.3.1 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven**

Den første loven som omhandlet diskriminering av mennesker med nedsatt funksjonsevne generelt, var diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 20. juni 2008<sup>18</sup>. Loven inneholdt blant annet forbud mot diskriminering, samt påla institusjoner plikt til individuell og generell tilrettelegging for mennesker med nedsatt funksjonsevne.<sup>19</sup>

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 21. juni 2013<sup>20</sup> viderefører gjeldende rett etter loven fra 2008, og det er stort sett kun språklige endringer som skiller gammel og ny lov.<sup>21</sup> Hovedregelen er fortsatt at diskriminering er forbudt, samt at diskriminering innebærer både direkte og indirekte forskjellsbehandling (med mindre forskjellsbehandlingen er lovlig).<sup>22</sup> Det foreligger også fortsatt plikt til individuell tilrettelegging.<sup>23</sup> Praksis og forarbeider til dtl.(2008) vil dermed være relevante ved tolkning og anvendelse av dtl.(2013).

### **2.3.2 Arbeidsmiljøloven**

Inntil dtl.(2008) trådte i kraft, var mennesker med nedsatt funksjonsevne vernet mot diskriminering i arbeidslivet gjennom arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005<sup>24</sup> kapittel 13. Blant annet

---

<sup>17</sup> Se blant annet LDN-2011-25 som bruker direktivet i sin vurdering.

<sup>18</sup> Heretter omtalt som dtl.(2008)

<sup>19</sup> Dtl.(2008) §§ 4, 12 og 9

<sup>20</sup> Heretter omtalt som dtl.(2013)

<sup>21</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 48

<sup>22</sup> Dtl. (2013) § 5

<sup>23</sup> Jfr. bl.a dtl.(2013) § 26

<sup>24</sup> Heretter omtalt som aml.

hjemlet kapittelet diskrimineringsforbud og arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging for mennesker med nedsatt funksjonsevne.

Reglene om diskrimineringsvernet i arbeidslivet ble videreført i dtl.(2008) ved dennes ikrafttreden, og dermed har praksis fra tiden arbeidsmiljøloven var gjeldende også betydning for tolkning og anvendelse av dagens regler i dtl.(2013).

Det er viktig å presisere at mennesker med nedsatt funksjonsevne er vernet etter arbeidsmiljølovens resterende regler, på lik linje som andre. Dette betyr at arbeidsmiljøloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven i flere tilfeller må sees i sammenheng. Arbeidsmiljøloven har for eksempel regler om hvordan ansettelse og opphør av stilling skal foregå. Diskrimineringslovgivningen gir imidlertid føringer på hvordan prosessene må skje i praksis, altså at det ikke skal foregå diskriminering i forbindelse med intervju, ansettelse osv. Videre inneholder arbeidsmiljøloven generelle regler for tilrettelegging av arbeidsmiljø, arbeidstid og lignende, som kan få betydning i vurderingen av individuell tilrettelegging. Oppgaven avgrenser seg til de generelle bestemmelsene som har særlig relevans for temaet, herunder aml § 9-3 om innhenting av helseopplysninger.

### 3 Begrepet ”nedsatt funksjonsevne”

Begrepet ”nedsatt funksjonsevne” er et begrep som favner vidt, og som også kan synes vagt. Jeg vil derfor gå litt nærmere inn på hva som anses som ”nedsatt funksjonsevne” i rettslig forstand.

#### 3.1.1 Tradisjonelt vs. nytt syn på ”funksjonshemming”

Det tradisjonelle synet på funksjonshemming har vært at funksjonshemming er en egenskap ved individet.<sup>25</sup> Dette synet er bygget på en medisinsk forståelse av begrepet, altså funksjonshemming har blitt sett på som et resultat av menneskets individuelle, biologiske forhold knyttet til sykdom, skade eller lyte.<sup>26</sup> Dersom man ser på funksjonshemming på denne måten, skal funksjonshemming rettes på ved hjelp av medisinsk behandling og rehabilitering, altså ved å ”fikse” personen.

Dette synet har imidlertid møtt mye kritikk, særlig på grunn av at denne forståelsen ikke tar i betraktning at graden av funksjonshemming kan variere dersom man ser omgivelsene i sammenheng med funksjonshemmingen.<sup>27</sup> Eksempler som belyser dette vil være at en blind person ikke vil være funksjonshemmet når han/hun snakker i telefonen eller hører på radio, og en rullestolbruker vil i mindre grad påvirkes i et miljø uten trapper/avsatser enn i et miljø med dette. Dette viser at funksjonshemmingen varierer med omgivelsene og aktuelle situasjoner, og ikke dermed kun er knyttet til individuelle egenskaper og biologiske forhold. Funksjonshemming er noe som oppstår i møtet mellom individet og samfunnet, funksjonshemming er altså ikke en iboende egenskap. I tillegg vil ”funksjonshemming” ofte sees på som et negativt ladet ord, som igjen kan skape negative holdninger og stereotypisering.

Det nye synet på funksjonshemming er basert på at funksjonshemming ikke bare kan sees på som en individuell egenskap, men også at man må se individet i sammenheng med samfunnet

---

<sup>25</sup> Traustadóttir (2009) s. 5, Hotvedt og Syse (2008) s. 136

<sup>26</sup> Hotvedt og Syse (2008) s. 136

<sup>27</sup> Syse og Hotvedt (2007) s. 122, se også World Health Organization (2002) som kritiserer det tradisjonelle synet.

og omgivelsene.<sup>28</sup> Opplevelsen av å være funksjonshemmet avhenger av funksjonsnedsettelse og krav til funksjonsnivå i den gitte situasjonen.<sup>29</sup> Dette omtales gjerne som en relasjonell forståelse av begrepet.<sup>30</sup> Det er klart at personer med nedsatt funksjonsevne ikke nødvendigvis blir funksjonshemmet, og en funksjonsnedsettelse behøver ikke nødvendigvis å resultere i begrensninger i samfunnsdeltakelse. Nedsatt *funksjonsevne* kan dermed ikke likestilles med nedsatt *arbeidsevne*. Dette er svært viktig å presisere. Et eksempel er at man har nedsatt hørsel eller syn. Dette vil i utgangspunktet kunne begrense arbeidsevnen. Imidlertid kan man korrigere funksjonsnedsettelsen med høreapparater og briller, slik at arbeidsevnen likevel ikke begrenses. Begrepet nedsatt funksjonsevne og funksjonsnedsettelse er å regne som synonymer,<sup>31</sup> og jeg bruker begge begrepene i min avhandling.

Syse-utvalget foreslo at man i lovgivningen skulle bruke formuleringen ”på grunnlag av nedsatt funksjonsevne” i stedet for at noen ”har” nedsatt funksjonsevne.<sup>32</sup> Dette fordi funksjonsnedsettelsen er relativ i forhold til den aktuelle situasjonen. En kan ha en funksjonsnedsettelse som ikke legger hindre i hverdagen, men man kan likevel bli diskriminert på grunn av den. Dersom vernet skulle være for den som ”har” funksjonsnedsettelse, ville en del grupper vært utelukket fra vernet på grunn av at de ikke har en faktisk funksjonsnedsettelse i den aktuelle situasjonen. Men dersom vernet gjelder for diskriminering ”på grunnlag av” nedsatt funksjonsevne, vil også de som ikke er begrenset på grunn av nedsettelsen være vernet.

Et eksempel belyser dette: A har søkt på jobb hos X. A har i sin søknad opplyst om at en skade i ryggen er årsaken til at hun ikke har vært i arbeid det siste året. Hun blir ikke innkalt til intervju, og får dermed ikke stillingen. Det viser seg at grunnen til at X ikke ville ansette henne, var at de antok at hun ikke kunne utføre arbeidet stillingen krevde, med bakgrunn i at hun året før hadde vært skadet. Dersom diskrimineringsvernet kun gjaldt i tilfeller hvor man ”har” nedsatt funksjonsevne, ville A ikke vært vernet i dette tilfellet. Dette fordi A ikke lenger ”har” nedsatt funksjonsevne, hun er helt frisk fra skaden, og det påvirker ikke lenger arbeidsmulighetene. Men dersom diskrimineringsvernet gjelder diskriminering ”på grunnlag av” nedsatt

---

<sup>28</sup> Traustadóttir (2009) s. 5, Hotvedt og Syse (2008) s. 137

<sup>29</sup> Ot.prp.nr 44 (2007-2008) s. 90

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> NOU 2005:8 s. 38, se også World Health Organization (2002) som utvalget blant annet viste til.



funksjonsevne, vil A være vernet. Dette fordi X unnlater å ansette henne nettopp på grunn av en tidligere nedsatt funksjonsevne. Hun "har" ikke nedsatt funksjonsevne, men hun blir diskriminert i ansettelsesprosessen "på grunnlag av" nedsatt funksjonsevne. Ved formuleringen "på grunnlag av" nedsatt funksjonsevne, vil man altså i tillegg verne de som blir diskriminert på grunn av en nedsatt funksjonsevne som ikke foreligger. Uavhengig om man faktisk *har* en aktuell funksjonsnedsettelse eller om den andre parten *tror* man har en funksjonsnedsettelse og diskriminerer *på grunnlag av dette*; det vil oppleves like ille å bli diskriminert i begge situasjoner. Løsningen ble dermed å bruke en vid formulering – "på grunn av nedsatt funksjonsevne" - i lovgivningen.

Videre gjelder forbudet diskriminering på grunn av faktisk, antatt, tidligere eller fremtidig nedsatt funksjonsevne. Dette vil jeg komme nærmere inn på under redegjørelsen for diskrimineringsforbudet i kapittel 5.1.2.

### **3.1.2 Nærmere om innholdet i begrepet "nedsatt funksjonsevne"**

Forarbeidene presiserer at diskrimineringsgrunnlaget omfatter fysiske, psykiske og kognitive funksjoner.<sup>33</sup> For eksempel vil fysiske funksjoner være hørsel og syn, og psykiske funksjoner er psykiske lidelser som ikke direkte har konsekvens for kognitive funksjoner, eksempelvis depresjon.<sup>34</sup> Nedsatt kognitiv funksjonsevne vil for eksempel kunne foreligge dersom det er hukommelsestap eller redusert språkevne.<sup>35</sup>

Det foreligger ikke krav til at funksjonsnedsettelsen må være langvarig eller av en viss alvorlighetsgrad, likevel slik at forhold som er av forbigående art, eller rent bagatellmessig, ikke skal være omfattet.<sup>36</sup> Videre er det uten betydning om funksjonsnedsettelsen er selvpåført, og vernet omfatter også utseendemessige forhold, dersom de er en konsekvens av sykdom eller nedsatt funksjonsevne.<sup>37</sup> Forarbeidene presiserer imidlertid at «ytre trekk unntaksvis i seg selv kan regnes som nedsatt funksjonsevne», eksempelvis brannskader.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> Ot.prp.nr 44 (2007-2008) s. 91

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Ibid. s. 91-92

<sup>37</sup> Ibid. s. 92

CRPD definerer «persons with disabilities» slik i artikkel 1:

«Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.»

Definisjonen peker direkte på kjennetegn ved individet. Imidlertid har definisjonen av «discrimination on the basis of disability» i artikkel 2 et langt bredere nedslagsfelt.<sup>39</sup> Bestemmelsen lyder:

«"Discrimination on the basis of disability" means any distinction, exclusion or restriction on the basis of disability which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field. It includes all forms of discrimination, including denial of reasonable accommodation;»

Videre følger det av konvensjonens forale litra e at statene erkjenner at «disability is an evolving concept» og et resultat av interaksjon mellom funksjonsnedsatte og «attitudinal and environmental barriers» som hindrer full samfunnsdeltakelse.

Slik jeg ser bestemmelsene og formålet med konvensjonen, synes de i sammenheng å måtte gi et tilsvarende vern som det som følger av norsk rett; altså at nedsatt funksjonsevne er et dynamisk begrep som ser individet i sammenheng med omgivelsene.

---

<sup>38</sup> Ot.prp.nr 44 (2007-2008) s. 92

<sup>39</sup> Se Quinn og O'Mahony (2012) s. 279 for en redegjørelse rundt dette.

## 4 Overordnet om diskrimineringsvernets struktur

### 4.1 Generelt om diskriminering

Ordet ”diskriminering” kommer av latin og betyr ”skjelne, gjøre forskjell”.<sup>40</sup> Forskjellsbehandling vil foregå dersom en person blir behandlet annerledes enn en annen person ville blitt i samme tilfelle. Det er imidlertid slik at alle personer vil kunne bli forskjellsbehandlet, for eksempel at man føler at ekspeditøren på Kiwi virker mer hjelpsom overfor personen foran deg i køen, enn overfor deg selv. Det er normalt at man til tider oppfører seg forskjellig overfor mennesker generelt, og dette vil normalt ikke regnes som diskriminering. For at det skal bli tale om diskriminering i rettslig forstand, må det foreligge ulovlig forskjellsbehandling knyttet til et diskrimineringsgrunnlag. Et diskrimineringsgrunnlag er «et kjennetegn forbundet med en person som brukes som grunnlag for å behandle en person forskjellig fra andre personer i en tilsvarende situasjon».<sup>41</sup>

Hvis vi går tilbake til eksempelet ovenfor: Dersom du ikke er etnisk norsk, eller du er blind, og det kan virke som at ekspeditøren *på grunn av dette* ikke er like hjelpsom overfor deg, da kan det være snakk om diskriminering i rettslig forstand. Dette fordi det kan antas at forskjellsbehandlingen kan knyttes til et diskrimineringsgrunnlag.

#### 4.1.1 Forskjellsbehandling vs. diskriminering

I dagliglivet hører man både ordene ”forskjellsbehandling” og ”diskriminering” om det samme fenomenet, nemlig det at personer blir behandlet på forskjellige måter uten grunnlag for det. Rettslig har også bruken av ordene vært sammenblandet, og begge har blitt brukt for å beskrive det forhold at en person blir behandlet dårligere enn en annen person i samme eller tilsvarende situasjon på grunn av et diskrimineringsgrunnlag.

I dagens diskrimineringslover har lovgiverne valgt å bruke ordet ”diskriminering” i alle lovene, og at diskriminering på grunn av det respektive grunnlag, er forbudt. Diskusjonen om begrepsbruken ble tatt opp i forarbeidene til de nye lovene. Det kommer frem av forarbeidene at

---

<sup>40</sup> Store Norske Leksikon - diskriminering

<sup>41</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 16

ikke all forskjellsbehandling er ulovlig, og at det til tider vil være nødvendig å forskjellsbehandle mennesker, og ved saklig begrunnelse er ikke forskjellsbehandling ulovlig.<sup>42</sup> Dermed burde begrepet ”diskriminering” kun brukes ved eventuell lovstridig forskjellsbehandling.<sup>43</sup> Dette er fulgt opp i alle de nye lovene<sup>44</sup>, der det kommer frem at med «diskriminering» menes direkte og indirekte forskjellsbehandling som ikke er lovlig etter andre bestemmelser i den respektive loven.

Videre i avhandlingen bruker jeg også dette skillet i begrepet. ”Diskriminering” blir brukt når det er tale om ulovlig forskjellsbehandling, mens ”forskjellsbehandling” blir brukt i tilfellene hvor det er konstatert lovlig forskjellsbehandling, eller der det ikke er avklart om forskjellsbehandling har vært lovlig eller ei.

#### **4.1.2 Direkte og indirekte diskriminering**

Diskriminering kan foregå både direkte og indirekte. *Direkte diskriminering* vil være når en handling, eller unnlatelse, har et formål eller en virkning som gjør at en person behandles dårligere enn en annen person ville blitt i en tilsvarende situasjon, og at dette skyldes et respektivt diskrimineringsgrunnlag.<sup>45</sup> En arbeidsutlysning med teksten «vi søker menn i alderen 20-30 år», vil kunne være direkte diskriminering av kvinner og menn i andre aldersgrupper.

*Indirekte diskriminering* foregår dersom en tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlatelse fører til at en person stilles dårligere enn en annen ville blitt, grunnet et respektivt diskrimineringsgrunnlag.<sup>46</sup> Eksempelvis vil det kunne foreligge indirekte diskriminering av rullestolbrukere dersom et lokale kun har trappeadkomst.

---

<sup>42</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 82-83

<sup>43</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 83

<sup>44</sup> Diskrimineringsloven om seksuell orientering (2013), likestillingsloven (2013), diskrimineringsloven om etnisitet (2013), diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (2013)

<sup>45</sup> Se bl. a. Prop. 88 L (2012-2013) s. 83 og Ketscher (2008) s. 43

<sup>46</sup> Se bl. a. Prop. 88 L (2012-2013) s. 83 og Ketscher (2008) s. 44

### 4.1.3 Strukturell diskriminering

Ofte kan strukturer eller praksiser i samfunnet, uten saklig grunn, skape eller opprettholde en posisjon av relativ ulempe for noen grupper og relativ fordel for andre posisjoner.<sup>47</sup> Dette omtales gjerne som systemisk eller *strukturell diskriminering*. Det er altså tale om visse strukturer i samfunnet som gjør slik at enkelte grupper forskjellsbehandles. Strukturell diskriminering i arbeidslivet er gjerne knyttet opp mot administrative prosedyrer og organisasjonskulturer, og må sees på som et kontinuerlig fenomen.<sup>48</sup> Dette på grunn av at slike kulturer gjerne bygger på lang praksis, verdier og tradisjoner i bedriftene, som vanskelig lar seg endre.<sup>49</sup> Videre er slike strukturer ofte vanskelig å se, og det diskrimineres ikke med hensikt.<sup>50</sup> For at diskrimineringsvernet skal være reelt og fungere effektivt i arbeidslivet, er det viktig at slike strukturer oppdages og forhindres. Eksempler på tiltak som kan motarbeide strukturell diskriminering er proaktive, samt sanksjonerte, forpliktelser for arbeidsgivere.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> Craig (2007) s. 116

<sup>48</sup> Ibid. s. 119

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Craig (2007) s. 120-121

<sup>51</sup> Craig (2008) s. 373-374

## 5 Diskrimineringsvernet i arbeidslivet

Nedenfor vil jeg først redegjøre for det rettslige grunnlaget som gjelder i alle deler av arbeidslivet. Jeg vil også redegjøre for arbeidsgivers styringsrett og kvalifikasjonsprinsippet i offentlig sektor, da dette vil kunne ha betydning for hvordan diskrimineringsvernet fungerer i rekrutteringsprosessen. I kapittel 6 vil jeg redegjøre for stadiene i rekrutteringsprosessen, samt hvordan innvirkning diskrimineringsreglene har på prosessen.

### 5.1 Hovedregel: Diskrimineringsforbud

Hovedregelen er at det er forbudt å diskriminere mennesker med nedsatt funksjonsevne i arbeidslivet, og regelen kommer frem av både internasjonal og nasjonal rett. Hovedinnholdet i diskrimineringsforbudet er i alle regelsettene, som fremstillingen nedenfor vil vise, relativt like.

#### 5.1.1 Internasjonal rett

##### 5.1.1.1 CRPD

Det følger av de generelle forpliktelsene i CRPD artikkel 4 nr. 1 at partene til konvensjonen skal «ensure and promote the full realization of all human rights and fundamental freedoms for all persons with disabilities *without discrimination of any kind* of the basis of disability.»(min kursivering) Partene plikter altså å sørge for at det ikke foregår diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne. CRPD artikkel 5, nr. 2 presiserer partenes plikt til å forby diskriminering, og lyder:

«States Parties shall prohibit all discrimination on the basis of disability and guarantee to persons with disabilities equal and effective legal protection against discrimination on all grounds.»

Det er videre spesifiserte regler som gjelder for arbeidslivets område i konvensjonens artikkel 27. Bestemmelsens første punkt stadfester blant annet at partene i konvensjonen erkjenner «the right of persons with disabilities to work, on an equal basis with others...».

Det presiseres videre at retten til arbeid vil si at man skal ha muligheten til å «gain a living» ved arbeid «freely chosen or accepted» i et arbeidsmarked og arbeidsmiljø som er «open, inclusive and accessible to persons with disabilities». Det kan ut i fra dette se ut til at partene, for eksempel gjennom holdningsskapende arbeid, forplikter seg til å skape et positivt og inkluderende arbeidsmiljø og -marked. Dette kommer til syne i neste punktum i artikkelen; partene skal blant annet «safeguard and promote the realization of the right to work by taking appropriate steps...». Bestemmelsen presiserer at dette også gjelder for personer som får en nedsatt funksjonsevne *mens de er i arbeid*.

CRPD artikkel 27, nr. 1 litra a presiserer statens plikt til å «[p]rohibit discrimination on the basis of disability with regard to *all matters concerning all forms of employment, including conditions of recruitment...*»(min kursivering). Bestemmelsen gir altså staten plikt til å treffe tiltak for å forby diskriminering i alle sider av et arbeidsforhold. I Norge kommer denne plikten til syne ved diskrimineringsforbudet i dtl. (2013) § 21, jfr. § 5.

Videre plikter staten, etter artikkel 27 nr. 1 litra g og h, å ansette funksjonsnedsatte i offentlig sektor, samt å fremme ansettelse av funksjonsnedsatte i privat sektor ved gjennom av hensiktsmessige strategier og tiltak.

#### 5.1.1.2 EU-retten

Formålet med EUs rådsdirektiv 2000/78/EF kommer til uttrykk i artikkel 1. Her presiseres det at formålet med direktivet, med henblikk på å gjennomføre prinsippet om likebehandling, er å «fastlægge en generel ramme for bekjæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til bæskæftigelse og erhverv på grund af...handicap...»

Artikkel 2 nr. 1 er forbudsbestemmelsen i direktivet, og den presiserer at «ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling» på grunn av grunnlagene i artikkel 1. Som en ser, hjemler altså direktivet forbud mot både direkte og indirekte forskjellsbehandling.

### 5.1.2 Nasjonal rett

Diskriminerings- og tilgjengelighetslovens formål er å fremme likestilling uavhengig av funksjonsevne, herunder fremme like muligheter og rettigheter, jfr. dtl.(2013) § 1, første ledd. Loven skal bidra til nedbryting av samfunnsskapte funksjonshemmende barrierer og hindre at nye skapes, jfr. bestemmelsens andre ledd.

Dtl. (2013) § 5 hjemler, som de internasjonale reglene, forbud mot *direkte* og *indirekte* diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne. Bestemmelsen lyder:

«Diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne er forbudt. Forbudet gjelder diskriminering på grunn av faktisk, antatt, tidligere eller fremtidig nedsatt funksjonsevne. Forbudet gjelder også diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne hos en person som den som diskrimineres har tilknytning til.

Med diskriminering menes direkte og indirekte forskjellsbehandling som ikke er lovlig etter § 6 eller § 7...»

Det er viktig å bemerke seg at forbudet ikke bare gjelder dersom vedkommende faktisk *har* nedsatt funksjonsevne. Bestemmelsen forbyr også diskriminering på grunn av *antatt* nedsatt funksjonsevne, samt dersom man *tidligere har hatt* eller i fremtiden *vil kunne få* nedsatt funksjonsevne. Fokuset er dermed ikke om man faktisk per tid ”har” nedsatt funksjonsevne, fokuset er om man er blitt forskjellsbehandlet *på grunn av* en eventuell nedsatt funksjonsevne. Dette hindrer at man ved håndhevelse av loven forhåpentligvis unngår at definisjonsspørsmål og avgrensning av den vernede gruppen blir ”en sak i saken”.<sup>52</sup>

Videre er man også vernet mot såkalt tilknytningsdiskriminering; diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne hos en person som den diskriminerte har tilknytning til. Et eksempel på dette er at arbeidsgiver diskriminerer en ansatt som har barn med nedsatt funksjonsevne. Slik diskriminering kan eksempelvis skje på grunn av at arbeidsgiver tror et funksjonsnedsatt barn fører til mer fravær hos arbeidstaker.

---

<sup>52</sup> Syse og Hotvedt (2007) s. 124



Dtl.(2013) § 21 presiserer at diskrimineringsforbudet i § 5 gjelder «alle sider av et ansettelsesforhold», herunder utlysning av stilling, ansettelse osv. Dette betyr at arbeidsgiver må forholde seg til diskrimineringsreglene gjennom *hele* rekrutteringsprosessen, ikke bare ved selve ansettelsen.

## 5.2 Unntak: Lovlig forskjellsbehandling

Til hovedregelen om diskrimineringsforbud, foreligger det unntak om lovlig forskjellsbehandling.

### 5.2.1 Internasjonal rett

#### 5.2.1.1 CRPD

I liket med de andre menneskerettslige konvensjonene, følger ikke unntaksadgangen direkte av ordlyden i CRPD. Unntaksadgang fra diskrimineringsforbudene er imidlertid trukket opp gjennom Den Europeiske Menneskerettighetsdomstols(EMD) praksis.<sup>53</sup> EMD slo for første gang fast at forskjellsbehandling ikke er forbudt dersom det foreligger «objective and reasonable justification» i Den Belgiske språksak<sup>54</sup>. Videre kom det frem at;

«The existence of such a justification must be assessed in relation to the *aim and effects* of the measure under consideration, regard being had to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a *legitimate aim*: Article 14 (art. 14) is likewise violated when it is clearly established that there is *no reasonable relationship of proportionality* between the *means* employed and the *aim* sought to be realised.»<sup>55</sup>(min kursivering)

Unntak fra diskrimineringsforbudet krever altså at det er et saklig formål(legitimate aim), samt at det er proporsjonalitet mellom mål og middel.

---

<sup>53</sup> Strand (2012) s. 134

<sup>54</sup> Belgian Linguistic Case

<sup>55</sup> Belgian Linguistic Case, premiss 10

ØSK-komiteen har videre uttrykt unntaksadgangen slik i sin generelle kommentar om diskrimineringsvernet<sup>56</sup> i forbindelse med ØSK-rettigheter slik:

«Differential treatment based on prohibited grounds will be viewed as discriminatory unless the justification for differentiation is reasonable and objective. This will include an assessment as to whether the aim and effects of the measures or omissions are legitimate, compatible with the nature of the Covenant rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society. In addition, there must be a clear and reasonable relationship of proportionality between the aim sought to be realized and the measures or omissions and their effects...»<sup>57</sup>

Kommentaren er utgitt i 2009, og bygger på den forståelsen som er etablert under de ulike konvensjonene gjennom praksis. Da denne unntaksadgangen gjelder for de andre menneskerettskonvensjonene, må det antas at det vil være en tilsvarende unntaksadgang fra diskrimineringsforbudet i CRPD. Den nasjonale retten, må dermed i lys av CRPD, ha en unntaksadgang som holder seg innenfor disses rammene.

#### 5.2.1.2 EU-retten

EUs rådsdirektiv 2000/78/EF regulerer adgangen til forskjellsbehandling i artikkel 2 nr. 2, litra b. Det kommer frem av bestemmelsen at *indirekte* forskjellsbehandling er lovlig dersom den er begrunnet i et «legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige». En ser altså at indirekte forskjellsbehandling er lovlig dersom det foreligger et saklig formål, og midlene for å nå målet er forholdsmessige og nødvendige. Kriteriene for lovlig forskjellsbehandling gjelder for alle diskrimineringsgrunnlag, og proporsjonalitetstesten ble først oppstilt i den såkalte Bilka-dommen<sup>58</sup> (vedrørende indirekte diskriminering på grunn av kjønn). I senere saker omhandlende forskjellsbehandling har det blitt referert til denne proporsjonalitetsvurderingen, også etter at kriteriene har kommet til uttrykk i de forskjellige diskrimineringsdirektivene.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> General comment No. 20

<sup>57</sup> General comment No. 20, punkt 13

<sup>58</sup> Sag C-170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mod Karin Weber von Hartz

<sup>59</sup> Holgersen (2008) s. 175

Videre hjemler bestemmelsen at et krav ikke er diskriminerende dersom nasjonal lovgivning forplikter arbeidsgiver til å utføre rimelig tilrettelegging (etter art. 5) som eliminerer ulempen ved å stilles i en dårligere situasjon.

Direkte diskriminering er ikke omfattet av dette unntaket. Imidlertid åpner artikkel 4, uavhengig av diskrimineringsforbudet i artikkel 2, for at det kan stilles krav som er avgjørende for arbeidet eller yrket, dersom det har et saklig formål og ikke er uforholdsmessig. Ved avgjørende yrkeskrav vil dermed også direkte forskjellsbehandling være lovlig, så lenge det foreligger saklig formål og forholdsmessighet.

### 5.2.2 Nasjonal rett

I visse tilfeller er det etter nasjonal rett adgang til å forskjellsbehandle uten at forskjellsbehandlingen regnes som lovstridig diskriminering. Dette betegnes gjerne som adgangen til lovlig forskjellsbehandling. I dtl.(2013) kommer dette til uttrykk i § 6, som lyder:

«Forskjellsbehandling er ikke i strid med forbudet i § 5 når:

- a) den har et saklig formål,
- b) den er nødvendig for å oppnå formålet og
- c) det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere.»

For at direkte eller indirekte forskjellsbehandling skal være lovlig, må den altså ha et *saklig formål*, forskjellsbehandlingen må være *nødvendig* for å oppnå dette formålet, og det må være *forholdsmessighet* mellom formålet og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er overfor de som blir stilt dårligere. Forholdsmessighet vil altså si at det må foreligge proporsjonalitet mellom middelet som er valgt, og målet som ønskes oppnådd.

I arbeidslivet gjelder det videre et ekstra vilkår som ikke kommer til uttrykk i lovteksten, men som er påpekt i forarbeidene<sup>60</sup>. For at det skal foreligge lovlig forskjellsbehandling i arbeidslivet, må forskjellsbehandlingen i tillegg være nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke. Dette tilleggsvilkåret kom klart frem av ordlyden i dtl.(2008), men er som vi ser fjernet i den

---

<sup>60</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 87

nye lovbestemmelsen. Forarbeidene presiserer at dette ikke er ment å skape en endring i retts-tilstanden, men at dette tilleggskravet førte til en unødvendig komplisert vurdering av lovlig-heten av forskjellsbehandlingen.<sup>61</sup> Forarbeidene presiserer at vilkåret uansett reguleres av de tre andre vilkårene som må være oppfylt for at forskjellsbehandlingen skal være lovlig, og at utelatelsen i lovteksten ikke innebærer en endring av rettsstilstanden.<sup>62</sup> Spesielt pekte departementet på at kravet til forholdsmessighet innebar en vurdering av rimelighet og motstridende interesser, og at kravet til forholdsmessighet skal tolkes strengere i arbeidslivet enn ellers på grunn av at det i arbeidslivet vil være tale om grunnleggende rettigheter.<sup>63</sup> Dermed må vurderingen av om forskjellsbehandlingen er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke foretas i forholdsmessighetsvurderingen.

Det er viktig å presisere at vilkårene er kumulative, og alle vilkår må dermed være oppfylt for at forskjellsbehandlingen skal anses lovlig. Det vil for eksempel ikke være tilstrekkelig for lovlig forskjellsbehandling at man har et *saklig formål*, dersom det valgte tiltaket ikke er *nødvendig* for å oppnå formålet.

Nedenfor vil jeg gå nærmere inn på hva som ligger i de ulike vilkårene.

### **5.2.3 Saklig formål, nødvendig og forholdsmessig**

#### **5.2.3.1 Saklig formål**

For det første må forskjellsbehandlingen begrunnes i et saklig formål. Eksempler på formål kan være sikkerhet, helse, økonomi, effektivitet og lignende. Disse, og andre formål, kan alle tenkes å være saklige. Sakligheten må vurderes konkret i den aktuelle situasjonen, og det at et formål anses saklig i ett tilfelle, betyr ikke nødvendigvis at det samme formålet vil være saklig i andre tilfeller. Vurderingen må være om formålet man ønsker å oppnå er knyttet til en beskyttelsesverdig interesse.<sup>64</sup> Man ønsker for eksempel ikke å tillate forskjellsbehandling

---

<sup>61</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 87

<sup>62</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 87

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Ot.prp.nr 44 (2007-2008) s. 107

som har som formål å utstøte noen; dette er ingen interesse staten ønsker å beskytte. Et typisk formål som vil regnes som saklig, er andre menneskers sikkerhet og helse.

#### 5.2.3.2 Nødvendig

Videre må forskjellsbehandlingen være nødvendig for å oppnå det saklige formålet. Nødvendigheten må vurderes konkret i det aktuelle tilfelle, og dette vil kunne føre til ulikheter fra situasjon til situasjon. Det sentrale momentet i vurderingen vil være om det saklige formålet kan oppnås ved å velge et annet, ikke-forskjellsbehandlende, tiltak. Dersom dette er tilfelle, vil ikke forskjellsbehandlingen være nødvendig. La oss for eksempel si at krav til førerkort i en hjemmehjelpstilling anses som saklig begrunnet i at stillingen krever raskest mulig hjelp til de pleietrengende. Arbeidsgiver hevder førerkort er nødvendig for å oppnå dette formålet, da kjøring av bil er raskere enn bruk av kollektiv trafikk. Imidlertid viser deg seg at hjemmehjelperne jobber i team på to personer. Da vil det kanskje ikke være nødvendig at begge i teamet har førerkort.

#### 5.2.3.3 Forholdsmessighet

Det siste vilkåret for lovlig forskjellsbehandling er at det må være et rimelig forhold mellom det som ønskes oppnådd og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den som stilles dårligere, gjerne betegnet som forholdsmessighet/proporsjonalitet. Forholdsmessighetsvurderingen krever at det foretas en avveining av formålet man oppnår ved forskjellsbehandlingen og den negative virkningen dette har for den som forskjellsbehandles.<sup>65</sup> Her vil hensyn og rettigheter på begge sider vurderes, og det må foretas en helhetsvurdering av den konkrete situasjonen.

Det må altså foreligge forholdsmessighet mellom mål og middel, og dersom det er uforholdsmessig, vil forskjellsbehandlingen være ulovlig. Som nevnt skal kravet tolkes strengere i arbeidslivet enn på andre områder, og man må ta i betraktning om forskjellsbehandlingen er nødvendig for utøvelsen av arbeidet eller yrket.

---

<sup>65</sup> Ot.prp.nr 44 (2007-2008) s. 107

#### 5.2.3.4 Eksempel som belyser vurderingen

Eksempelet belyser vurderingene som må foretas i avgjørelsen av om det foreligger lovlig forskjellsbehandling:

La oss tenke oss at busselskap A søker etter nye bussjåfører. Utlysningen inneholder krav om perfekt syn, grunnet i sikkerhetsmessige hensyn for trafikanter og passasjerer. B, som har en synsnedsettelse på grunn av en øyesykdom, er en av søkerne. B har sertifikat og lang erfaring som bussjåfør, og ved hjelp av synskorrigerende hjelpemidler og medisiner holder han øyesykdommen i sjakk. Pr. i dag har B altså ingen problemer med å kjøre. Det er imidlertid slik at øyesykdommen innebærer en risiko for at synet helt eller delvis vil kunne falle bort med tiden. Busselskap A ansetter ikke søker B, med synsnedsettelsen og øyesykdommen som begrunnelse. A viser til at sikkerhet i trafikken og for passasjerer må anses som et saklig formål, hevder det er helt nødvendig for å oppnå dette formålet at søkere med risiko for synsproblemer som B ikke blir ansatt, og at dette ikke er uforholdsmessig da hensynet til sikkerhet veier tyngre enn hensynet til at B får jobben. B har mulighet til annen type jobb.

Det må være klart at sikkerhet for trafikk og passasjerer er et saklig hensyn. Diskrimineringsvernet må vike der det kan være fare for liv og helse for andre mennesker, og menneskeliv er en klart beskyttelsesverdig interesse.

Spørsmålet blir så om forskjellsbehandlingen er nødvendig for å oppnå en tilfredsstillende sikkerhet, og eventuelt om det foreligger forholdsmessighet. Her vil det kunne være tvil om det er nødvendig å ekskludere B fra jobben, når han pr. i dag ikke har nevneverdig problemer med synet, og anses skikket til å inneha førerkort. Et alternativ kunne være at B jevnlig fikk synet kontrollert og rapportert til A, slik at man hele tiden hadde kontroll på at synet var tilstrekkelig. Dermed hadde man kunnet oppnå samme nivå av sikkerhet, uten forskjellsbehandling.

Forholdsmessighetsvurderingen ville basere seg på en avveining av hensynet til sikkerhet for passasjerer og trafikanter, veid opp mot ulempen dette skaper for B ved at han ikke får ansettelse i slike jobber. Her vil nok hensynet til sikkerhet veie tyngre enn ulempene dette medfører for B. Mest sannsynlig kan B skaffe annen type arbeid. Men, alle vilkårene for lovlig forskjellsbehandling må være oppfylt i det konkrete tilfellet. Hvis ett av vilkårene ikke er opp-

fylt, har det foregått ulovlig forskjellsbehandling. Dersom konklusjonen i dette eksempelet blir at andre tiltak ville vært tilstrekkelige for å oppnå formålet om sikkerhet, ville forskjellsbehandlingen av B blitt ansett som diskriminering.

### **5.3 Arbeidsgivers styringsrett**

Arbeidsgivers styringsrett går ut på at arbeidsgiver selv bestemmer hvordan bedriften skal ledes, og hvordan arbeidet skal fordeles og kontrolleres.<sup>66</sup> Denne styringsretten er begrenset av gjeldende lovregler, herunder diskrimineringsvernet, avtaler og sedvane/praksis. Dette betyr at arbeidsgiver selv kan bestemme hvem som ansettes og hvordan arbeidet skal utføres, men det vil alltid måtte foretas en vurdering mellom forholdet av arbeidsgivers styringsrett og det gjeldende diskrimineringsvernet.

Inn under arbeidsgivers styringsrett ligger også arbeidsgivers valgfrihet i hvilke krav man stiller til arbeidstakere, herunder hvilken utdanning og kvalifikasjoner arbeidstaker må eller bør inneha, erfaring og eventuelle andre faktorer. Arbeidsgiver er selv best skikket til å vurdere hvilke kvalifikasjoner som egner seg til den aktuelle stillingen, og ombudet er varsom med å overprøve denne vurderingen.<sup>67</sup> Vurderingen av om man ønsker å kontakte søkers referanser i en ansettelsesprosess, er også opp til arbeidsgiver i lys av styringsretten.<sup>68</sup>

Styringsretten begrenses også av mer allmenne saklighetsnormer.<sup>69</sup> Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen. Det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen som tas, som ikke må være vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn.<sup>70</sup>

### **5.4 Kvalifikasjonsprinsippet i offentlige stillinger**

I lys av styringsretten, kan private aktører i vid utstrekning selv velge hvem man ansetter basert på søkermassen. I offentlige tilsetninger står det seg imidlertid noe annerledes, da det fore-

---

<sup>66</sup> Jakhell (2006) s. 48

<sup>67</sup> LDO 11/2038

<sup>68</sup> LDO 11/1198

<sup>69</sup> Jakhell (2006) s. 211 og s. 427 i Rt. 2001 s. 418.

<sup>70</sup> Ibid.

ligger et ulovfestet kvalifikasjonsprinsipp i alle stadier av ansettelsesprosessen. Prinsippet er slått fast både i rettspraksis, forvaltningspraksis, ombudsmannspraksis og juridisk teori,<sup>71</sup> og LDO og LDN har i en rekke saker<sup>72</sup> vedrørende offentlige stillinger, referert til kvalifikasjonsprinsippet. Kvalifikasjonsprinsippet innebærer at den som er best kvalifisert for stillingen skal ansettes. Ombudet og nemnda har i sine saker gjerne referert til Sivilombudsmannens definisjon av kvalifikasjonsprinsippet.<sup>73</sup> Sivilombudsmannen har definert kvalifikasjonsprinsippet slik (om enn med litt forskjellige språkdrakter):

«Målet med en tilsetting er normalt å finne frem til den søkeren som etter en helhetsvurdering anses best kvalifisert for stillingen. Ved vurderingen tas det utgangspunkt i de kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysningsteksten, samt eventuelle lov- og avtalefestede krav. For øvrig vil sentrale momenter være utdanning, praksis og personlig skikkethet.»<sup>74</sup>

I det offentlig er det dermed kvalifikasjonskravene, og eventuelt lov- og avtalefestede krav, som legger rammen for avgjørelsen av hvem som skal innkalles til intervju og til slutt ansettes. Dersom en person er unnlatt innkalt til intervju, og denne personen fremstår som klart bedre kvalifisert enn de innkalte, er dette i strid med kvalifikasjonsprinsippet. Dersom personen i tillegg har nedsatt funksjonsevne, kan det synes som at unnlattelse av innkallelse til intervju har sammenheng med funksjonsnedsettelsen.

Ved vurderingen av om kvalifikasjonsprinsippet er overholdt må man se hen til kvalifikasjonskravene, og søkermassen opp mot disse. I sin vurdering av om det foreligger diskriminering ser ombudet og nemnda på de oppstilte kvalifikasjonskravene, utdanning, praksis og lignende, og foretar en vurdering av de innkalte/den ansatte opp mot den som hevder seg diskriminert. Imidlertid foretar ikke ombudet/nemnda en full overprøving av søkerens kvalifikasjoner og hvilke kvalifikasjoner som er best egnet for stillingen, de ser kun på om det er noe som tyder på at arbeidsgivers vurdering ikke fremstår som balansert og saklig.<sup>75</sup> Dersom vurderingen ikke er balansert og saklig, vil dette kunne tyde på diskriminering. Dersom situasjonen

---

<sup>71</sup> Ot.prp.nr 67 (2004-2005) s. 30

<sup>72</sup> Se blant annet LDO 11/2038, LDO 12/666 og LDN-2012-28 mfl.

<sup>73</sup> Se blant annet LDO 09/2343, LDO 11/1198 og LDN-2012-28

<sup>74</sup> SOM-2013-1401

<sup>75</sup> LDO 11/2038



fremstår som at det har foregått diskriminering går bevisbyrden over på innklagede, og innklagede må dermed bevise at det enten ikke har foregått diskriminering, eller at forskjellsbehandlingen må anses lovlig.

## 5.5 Konklusjon

En ser at den internasjonale og nasjonale retten samsvarer godt, både når det gjelder diskrimineringsforbudet og unntaksadgangen. Ved vurdering av om det foreligger lovlig forskjellsbehandling, må man vurdere om det foreligger saklig formål, samt om forskjellsbehandlingen er nødvendig og ikke uforholdsmessig. I arbeidslivet skal det videre være en snevrere unntaksadgang enn på andre områder i samfunnet, grunnet i at retten til arbeid er en grunnleggende menneskerettighet.

Det er forståelig at man ønsker å gjøre lovteksten vedrørende lovlig forskjellsbehandling minst mulig komplisert. Det vil nok være slik at endringen ikke vil ha så stor betydning for håndhevelsesorganene når de anvender loven. Men for en arbeidsgiver som skal håndtere diskrimineringslovgivningen i ansettelsesprosessene, kan lovendringen tenkes å skape problemer, og da spesielt for mindre arbeidsgivere. Eventuell usikkerhet fra arbeidsgivers side i lovforståelsen, vil igjen kunne skape et svakere vern for menneskene med nedsatt funksjonsevne. Langt fra alle arbeidsgivere er lovkyndige, og i enda mindre grad vil de ty til forarbeidene når de skal anvende loven. Selv om man antakeligvis i de fleste tilfeller uansett vil se på nødvendigheten for utøvelsen av arbeidet i en slik vurdering, kan det tenkes at dette momentet ikke lenger vil ilegges like stor betydning som tidligere når vilkåret eksplisitt var nevnt i loven.<sup>76</sup> De arbeidsgivere som kun kjenner til den nye loven kan i verste fall se helt bort fra dette momentet. Dette vil kunne skape en dårligere situasjon for de funksjonsnedsatte arbeidssøkerne. For at de funksjonsnedsatte skal ha reelt vern i arbeidslivet, er det svært viktig at arbeidsgiver forstår reglens innhold, og evner å bruke disse riktig i hverdagen. Funksjonsnedsatte reelle vern blir dermed ”avhengig” av at arbeidsgiver setter seg godt inn i forarbeidene. Etter min mening er dette svært uheldig, og skaper et svakere vern for funksjonsnedsatte. Jeg vil imid-

---

<sup>76</sup> Egen arbeidsgiver for eksempel, forstår den nye loven som at kravet til ”nødvendighet for utøvelsen av arbeid” ikke lenger har vesentlig betydning i vurderingen av lovlig forskjellsbehandling, og at lovligheten av forskjellsbehandling i arbeidslivet ikke er snevrere enn lovligheten ellers i samfunnet.

lertid presisere at det er vanskelig å vite betydningen av denne lovtekniske endringen før man over en lengre periode har operert med den nye loven.

I neste kapittel vil jeg belyse diskrimineringsvernets rolle i og påvirkning på rekrutteringsprosessen. I kapitlets konklusjon vil jeg gå nærmere inn på og vurdere om diskrimineringsvernet kan sies å fungere effektivt i prosessen.

## 6 Rekrutteringsprosessen

Med rekrutteringsprosessen mener jeg de stegene som foretas fra arbeidsgivers side forut for ansettelsen og avslutningsvis selve ansettelsen, herunder utlysning av stilling, innkalling til intervju, selve intervjuet og til slutt ansettelsen av den ønskede personen.

### 6.1 Utlysning av stilling

I utgangspunktet kan arbeidsgiver, i lys av styringsretten, selv velge hvordan rekrutteringen skal skje.<sup>77</sup> Arbeidsgiver bestemmer altså selv om det skal foretas utlysning av ledig stilling i bedriften eller ikke. I offentlig sektor tilsier kvalifikasjonsprinsippet at ledig stilling skal utlyses. I visse stillinger er det også et krav om at alle stillinger skal utlyses offentlig, jfr. for eksempel tjenestemannsloven § 2, opplæringslova § 10-4.

Diskrimineringslovgivningen legger rammer for hva en stillingsutlysning kan inneholde. Dette innebærer at utlysningsteksten i utgangspunktet ikke kan inneholde kvalifikasjonskrav og lignende som i seg selv diskriminerer enkelte grupper av søkere. Imidlertid vil det kunne være stillingsutlysninger som kan falle inn under unntaket om lovlig forskjellsbehandling. Det er eksempelvis klart at en stillingsutlysning som bussjåfør må kunne inneholde krav om godkjent syn og/eller kjøreevne. I utgangspunktet vil dette kunne diskriminere mennesker med nedsatt funksjonsevne, nemlig de som har meget redusert syn, men hensynet til sikkerhet i trafikken og for passasjerer vil her kunne gå foran hensynet til den som diskrimineres.<sup>78</sup>

Dersom en stillingsutlysning som renholder har som kvalifikasjonskrav at man er hunkjønn, eller inneholder teksten «søker en dame i alderen 35-50», vil utlysningen klart forskjellsbehandle kvinner i annet alderspenn og menn i alle aldre. Her vil det i utgangspunktet ikke være noe saklig formål eller nødvendighet i at det nettopp søkes etter en kvinne i den ønskede alderen. Bedriften kan imidlertid prøve å begrunne hvorfor dette kravet er satt, og det må foretas en konkret vurdering av om det aktuelle tilfellet rammes av diskrimineringsforbudet eller

---

<sup>77</sup> Jakhell (2006) s. 187

<sup>78</sup> Se eksempel som belyser dette under punkt 5.2.3.4.

ikke. I andre tilfeller vil den samme utlysningsteksten kunne falle innenfor rammene til lovlig forskjellsbehandling.

## 6.2 Intervju

Etter eventuell utlysning av stilling, vil arbeidsgiver gjerne innkalle aktuelle søkere til intervju. Et intervju vil kunne gi arbeidsgiver et bedre grunnlag for avgjørelsen om ansettelse, enn dersom avgjørelsen kun skulle basere seg på søknaden.

### 6.2.1 Behovet for å foreta intervju

Adgangen til intervju av søkerne er ikke lovregulert, og intervju er således ikke et krav før ansettelse kan skje. Kvalifikasjonsprinsippet ved offentlige tilsetninger tilsier imidlertid at arbeidsgiver bør ha best mulig grunnlag for avgjørelsen. Da et intervju vil kunne gi bedre grunnlag for avgjørelsen, bør det i de fleste tilfeller gjennomføres intervju før ansettelse. Imidlertid må det vurderes om det er et behov for å foreta intervju til den aktuelle stillingen. En ansettelse i det offentlige vil regnes som et enkeltvedtak, jfr. forvaltningsloven § 2, andre ledd. Ved slike vedtak skal saken være så godt opplyst som mulig, jfr. forvaltningsloven § 17. Dette tilsier også at intervju bør foretas før ansettelse.

Imidlertid er det verdt å merke seg at Høyesterett i Rt. 1988 s. 20, som gjaldt ansettelse som vikar i en kommunal fritidsklubb, ikke anså manglende intervju av søkerne som saksbehandlingsfeil.<sup>79</sup> Høyesterett uttalte: «*Det er ingen regler om at det skal foretas intervjuer.* Det var ikke vanlig å gjøre det ved tilsetting av vikarer, og jeg kan ikke se at det var særlige forhold som tilsa intervju i denne saken.»<sup>80</sup> (min kursivering). I det konkrete tilfellet var det altså ikke vanlig med en intervjuprosess. Der dette er vanlig praksis, eller forhold som tilsier at intervju bør holdes, vil kanskje konklusjonen bli en annen.

Når det gjelder private aktører, ligger adgangen til å bestemme om det foreligger behov for intervju innenfor arbeidsgivers styringsrett. Da det hos private aktører heller ikke foreligger krav til utlysning av stilling, vil nok private virksomheter, i noen tilfeller, velge å ikke utlyse ledig stilling eller kalle inn til intervju. Rekrutteringen skjer for eksempel gjennom headhun-

---

<sup>79</sup> Rt. 1988 s. 20 på side 28.

<sup>80</sup> Ibid.

ting, eksternt nettverk og interne arbeidstakere. Behovet for å avholde intervju må altså anses som arbeidsgivers valg.

### **6.2.2 Innkallelse til intervju – valg av kandidater**

Dersom arbeidsgiver bestemmer seg for å innkalle søkere til intervju, må de forholde seg til de rammer som er lagt opp av diskrimineringslovverket og de arbeidsrettslige regler. Dette gjelder både ved utvelgning av ønskede intervjukandidater, samt hvordan intervjusituasjonen skal foregå. Dette betyr blant annet at arbeidsgiver kan velge hvilke søkere som innkalles til intervju, men utvelgelsen kan ikke basere seg på diskriminerende utvalgsriterier. En arbeidsgiver kan for eksempel selv velge å kun intervju de søkerne som besitter en viss type høyere utdanning og/eller som har erfaring fra lignende arbeid. Imidlertid kan ikke utvalgsriteriene for eksempel være norske statsborgere, menn, eller funksjonsfriske personer.

En ser altså at arbeidsgiver kun kan velge kriterier innenfor rammene av diskrimineringslovgivningen. Likestillings- og diskrimineringsombudet har i flere saker konstatert at de ikke foretar en overprøving av arbeidsgivers vurdering av søkerne kvalifikasjoner og hvilke kvalifikasjoner som best egner seg for stillingen, men at de ser på om det er noe som tyder på at arbeidsgivers vurdering ikke er saklig og balansert.<sup>81</sup> Dersom vurderingen er usaklig, vil dette kunne være et moment som taler for diskriminering. Ombudet har også uttalt at arbeidsgiver selv er nærmest til å vurdere hvilke kvalifikasjoner som anses viktig for å utføre arbeidet.<sup>82</sup> Det er dermed opp til den enkelte arbeidsgiver å vurdere om en viss type utdanning eller erfaring er viktig i stillingen.

### **6.2.3 Ønskede kvalifikasjoner hos søker – typetilfeller av forskjellsbehandlende kvalifikasjonskrav**

Intervju av søkerne foregår i en innledende fase av ansettelsesprosessen, og det er her søkerne har mulighet til å vise seg frem og utfylle søknaden. Det er et viktig premiss for at diskrimineringsvernet skal være reelt at alle søkerne har like muligheter for å bli innkalt til intervju, og dermed ikke blir utelatt fra intervju kun på grunn av en eventuell funksjonsnedsettelse. Visse

---

<sup>81</sup> Se blant annet LDOs saker 12/666 og 11/2038

<sup>82</sup> LDO 11/2038

kvalifikasjonskrav i en stillingsutlysning kan virke diskriminerende for personer med nedsatt funksjonsevne, som eksempelvis krav til førerkort<sup>83</sup>, telefonkommunikasjon, syn og lignende. Det er imidlertid viktig å presisere at dersom vilkårene for lovlig forskjellsbehandling foreligger, kan man forskjellsbehandle i hele ansettelsesprosessen, herunder utvelgelsen til intervju. For eksempel synes det klart at en pilot må ha godt syn og tale, og en bussjåfør må ha gyldig sertifikat. Det vil klart være lovlig forskjellsbehandling dersom man utelater personer som ikke oppfyller disse kravene.

Det kan imidlertid synes som at det skal mer til for at vilkårene skal være oppfylt i intervju-stadiet, enn det skal i et senere stadium. I en intervjuprosess tar man normalt inn en del flere søkere enn det er ledige stillinger, slik at søkerne kan få vise seg fram og arbeidsgiver får mer kunnskap om søkerne. Det vil dermed være gunstig å ha flere forskjellige personer til intervju, slik at man får et bredt grunnlag for avgjørelsen som skal tas. Da vil arbeidsgiver også se personen bak funksjonsnedsettelsen, og ikke kun funksjonsnedsettelsen og dens eventuelle hindringer. Kanskje kan arbeidet utføres på en annen måte enn først tenkt. Her vil arbeidsgivers styringsrett og diskrimineringsvernet være motpoler. Arbeidsgiver skal selv kunne velge hvem man ønsker, men kun i den grad det ikke strider mot diskrimineringsvernet. Spørsmålet blir dermed hvordan arbeidsgivers krav står seg mot arbeidssøkers rettigheter.

#### 6.2.3.1 Telefonkommunikasjon

LDO sak 12/541 omhandler typetilfellet krav til telefonkommunikasjon. Saken dreide seg om en person(X), som var headhuntet via den sosiale nettverkstjenesten LinkedIn<sup>84</sup> til en konkret stilling, og headhuntingfirmaet kontaktet personen via telefon. X besvarte ikke telefonen, men sendte SMS til telefonnummeret og opplyste om at han var døv og derfor ikke kunne besvare samtalen. Headhuntingfirmaet besvarte SMSen med at de var interessert i X til en stilling, men at det ikke var aktuelt nå som de hadde fått vite at han var døv. Stillingen innebar mye telefonkommunikasjon, og headhuntingfirmaet mente dermed at stillingen ikke var aktuell for X allikevel. X hevdet seg diskriminert på grunn av nedsatt funksjonsevne fordi han

---

<sup>83</sup> Se for eksempel LDN-2012-33 hvor de legger til grunn at krav til førerkort i utgangspunktet er indirekte diskriminerende blant annet for synshemmede.

<sup>84</sup> Sosial nettverkstjeneste hvor man knytter profesjonelle kontakter via personprofiler. ”Verdens største profesjonelle nettverk”, [www.linkedin.com](http://www.linkedin.com)

ble diskvalifisert fra den videre rekrutteringsprosessen grunnet at han var døv. Ombudet slo fast at når headhuntingfirmaet «avskjærer X fra muligheten til å komme videre i en rekrutteringsprosess fordi han er døv, får ikke X lik mulighet som andre til å presentere seg og til å bli vurdert for stillingen ut fra sine kvalifikasjoner og personlige egenskaper».<sup>85</sup> Ombudet slo fast at dette var nok til at det forelå grunn til å tro at X ble dårligere behandlet.

Det at man har en nedsatt funksjonsevne, og som følge av dette ikke får komme til intervju, er altså å betrakte som ”dårligere behandlet” enn andre, og følgelig at man er forskjellsbehandlet. En ser her at diskrimineringsvernet også står sterkt i det tidlige intervjustadiet av en ansettelsesprosess. Det er meget viktig at mennesker med nedsatt funksjonsevne får mulighet til å vise hva de kan, ikke bare for å ha muligheter på arbeidsmarkedet, men også for å bryte ned eventuelle fordommer samfunnet måtte ha overfor denne gruppen. De må få muligheten til å vise at det faktisk at man er døv ikke nødvendigvis utgjør et hinder i hverdagen.

Videre ble vurderingstemaet i saken om det allikevel var lovlig forskjellsbehandling fra headhuntingfirmaets side, altså om det forelå saklig formål, om handlingen var nødvendig for å oppfylle dette formålet og ikke uforholdsmessig inngripende ovenfor X. Krav om telefonkommunikasjon ble av ombudet ansett som isolert sett å oppfylle et saklig formål i mange stillinger. Spørsmålet ble om kravet til kommunikasjon tilsa at det var nødvendig å avskjære/diskvalifisere en søker som var døv fra videre rekrutteringsprosess. I denne saken kom ombudet frem til at nødvendighetskravet ikke var oppfylt, da headhuntingfirmaet kunne gitt X muligheten til å vise hvordan han kunne løst de oppgaver stillingen krevde gjennom alternative kommunikasjonsformer. Dette ville ikke vært uforholdsmessig ressurskrevende for firmaet, og samtidig ville det gitt firmaet en reell mulighet til å vurdere X opp mot stillingen. Ombudet mente det ville være for snevert å ekskludere døve personer fra stillinger som stiller krav til kommunikasjon på generelt grunnlag. Konklusjonen til ombudet var dermed at forskjellsbehandlingen ikke var nødvendig i dette tilfellet, og følgelig at X var diskriminert. Ombudet kom i tillegg med noen bemerkninger om forholdsmessighetsvurderingen. De mente det var uforholdsmessig inngripende å avskjære X fra muligheten til å komme på intervju. En slik «automatisk utelukkelse fra stillinger som stiller krav til kommunikasjon, kan føre til at ar-

---

<sup>85</sup> LDO 12/541

beidsmarkedet blir uforholdsmessig snevert for døve personer. Å innskrenke arbeidsmarkedet for en gruppe på den måten, vil være inngripende.»<sup>86</sup>

Ut fra ombudets tolkning og konklusjon kan man konstatere at krav til telefonkommunikasjon kan være et saklig formål, men det må vurderes konkret i den enkelte situasjon. Man kan altså ikke si at krav til telefonkommunikasjon generelt vil utgjøre et saklig formål for forskjellsbehandling i alle stillinger. Videre vil krav til telefonkommunikasjon i realiteten føre til utelukkelse av en viss gruppe mennesker(eks døve, stumme) fra å komme på intervju. Man må vurdere den enkelte stilling og åpne opp for muligheten av at kommunikasjon kanskje kan foregå på andre måter. Dermed må man også åpne for at personer som ikke kan benytte telefonkommunikasjon også får vist frem, i et intervju, hvilke alternative kommunikasjonsformer som kan benyttes, selv om deler eller mye av arbeidet primært har foregått via telefon tidligere.

Det er klart at i enkelte tilfeller vil mulighet for telefonkontakt være den vesentlige delen av arbeidsoppgaven, for eksempel ved telefonsalg, og dermed utgjøre et saklig formål. I slike tilfeller vil kanskje forskjellsbehandling i intervjuprosessen også være nødvendig og forholdsmessig. Men det fremstår klart at man må vurdere situasjonen og stillingen konkret. Man kan ikke ha et generelt krav at de som kalles inn til intervju må kunne snakke i telefonen, med den begrunnelse at noe av arbeidet utføres over telefon.

#### 6.2.3.2 Førerkort

Et annet kvalifikasjonskrav som gjerne går igjen i stillingsannonser er krav til førerkort. Krav til førerkort er en selvfølge dersom det er tale om sjåføryrker, og i mange tilfeller er det her også krav til en viss type førerkort. Når man ikke innehar det aktuelle førerkortet, kan man nok ikke anses som diskriminert i en slik situasjon, hvis man ikke blir innkalt til intervju. Allikevel er det tilfeller der arbeidsgiver krever førerkort uten at arbeidet er sjåførpreget eller lignende.

LDN-2012-33 dreide seg om et slikt kvalifikasjonskrav – førerkort, uten at selve arbeidet var sjåførpreget. Nav Hjelpemiddelsentral (Z) krevde førerkort i sin utlysning angående en rådgi-

---

<sup>86</sup> LDO 12/541



verstilling innenfor området bevegelsesmidler. Her var det altså ikke tale om en sjåførstilling eller lignende. Klager hadde på grunn av nedsatt syn ikke mulighet til å få førerkort, og hevdet at kravet til førerkort diskriminerte personer med nedsatt syn etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Spørsmålet for nemnda var om kravet til førerkort var nødvendig for å oppnå et saklig formål, og om kravet var uforholdsmessig inngripende. Nemnda konkluderte med at det forelå et saklig formål da hjelpemiddelsentralen hadde behov for å drive ambulerende virksomhet med egne kjøretøy på grunn av fleksibiliteten dette ga, samt de store avstandene på stedet. Nødvendighetsvilkåret var også oppfylt, da det ikke forelå andre ikke-diskriminerende handlingsalternativer som var egnet til å oppnå formålet og som ikke var uforholdsmessig ressurskrevende. Taxi og sjåfør ville være for dyrt, samtidig som samkjøring ville hindret den nødvendige fleksibiliteten. Nemnda vurderte så om kravet var uforholdsmessig inngripende ovenfor klager. Elementene i vurderingen kommer ikke klart frem av saken, det kommer bare frem at Nemnda foretok en avveining mellom mål og middel som beskrevet i lovens forarbeider<sup>87</sup>, og at «[h]ensynene bak at det stilles krav om førerkort i den aktuelle stillingen veier etter nemndas syn tyngre enn ulempene dette har for den enkelte søker».<sup>88</sup>

Etter min mening kunne nemnda vært klarere i hvilke hensyn som gjaldt for de enkelte parter, og hvorfor bedriftens hensyn her må gå foran søkers. Hensynene på arbeidsgiversiden - fleksibilitet, kostnader og andre ressurser - er drøftet under de andre vilkårene, men det kommer til syne lite vurdering av de hensyn som gjør seg gjeldende på arbeidssøkers side.

#### **6.2.4 Under intervjuet**

Dersom arbeidsgiver velger å innkalle til intervju, må arbeidsgiver under intervjuet forholde seg til regler som omhandler hvilke spørsmål som kan stilles, og hvilke opplysninger man kan innhente fra søker og eventuelle referansepersoner.

---

<sup>87</sup> Ot.prp.nr 44 (2007-2008) s. 253

<sup>88</sup> LDN-2012-33

Spørsmål som har saklig sammenheng med den aktuelle stillingen og som egner seg til å belyse hvor godt søkeren passer til de ulike arbeidsoppgavene, vil klart være lovlig å stille.<sup>89</sup> Videre må det være adgang til å forhøre seg om samarbeidsevne, innstilling til arbeidet og lignende profesjonelle saklige arbeidsspørsmål.<sup>90</sup> Eksempler på spørsmål som kan tenkes stilt på intervju er spørsmål vedrørende tidligere arbeidsoppgaver, erfaring, utdanning, osv. Etter dtl.(2013) § 26 har arbeidssøker rett til individuell tilrettelegging. Dersom en arbeidssøker har behov for tilrettelegging, må arbeidsgiver i en intervjusituasjon, ved vurderingen av søkeren, vurdere hvilke tilretteleggingstiltak som vil bli nødvendig.<sup>91</sup> Det at en søker vil kunne trenge individuell tilrettelegging er ikke en lovlig grunn til å avvise en funksjonsnedsatt søker.<sup>92</sup> Arbeidsgiver må dermed i praksis vurdere søkeren som om tilrettelegging alt har skjedd, altså foreta en hypotetisk tilrettelegging.<sup>93</sup> Da individuell tilrettelegging er en viktig del av diskrimineringsvernet, vil dette redegjøres for nærmere i kapittel 7.

Under et intervju kan det også tenkes at arbeidsgiver har spørsmål som knytter seg til søkers helsetilstand, medisinbruk, sykdommer og lignende. Dette gjør seg særlig gjeldende ved søkere med nedsatt funksjonsevne. Det foreligger ingen bestemmelse om arbeidsgivers adgang til innhenting av helseopplysninger knyttet til funksjonsnedsettelsen i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Dermed vil det i slike tilfeller være aml. § 9-3 som regulerer hvilke helseopplysninger man kan innhente i et intervju. Bestemmelsen gjelder innhenting av helseopplysninger «ved utlysning...eller på annen måte». Slike spørsmål kommer gjerne frem i en intervjusituasjon. Da innhenting av helseopplysninger fremstår som særlig aktuelt i tilfeller med søkere med nedsatt funksjonsevne, behandler jeg dette nærmere nedenfor.

---

<sup>89</sup> Jakhell (2006) s. 213

<sup>90</sup> Ibid.

<sup>91</sup> Ot.prp.nr 44 (2007-2008) s. 183

<sup>92</sup> Ibid.

<sup>93</sup> Hotvedt og Syse (2008) s. 139

#### 6.2.4.1 Særlig om adgangen til innhenting av helseopplysninger, aml. § 9-3<sup>94</sup>

Særlig aktuelt når det gjelder søkere med nedsatt funksjonsevne, er adgangen til innhenting av helseopplysninger ved ansettelse, jfr. aml. § 9-3. Helseopplysninger omfatter «informasjon som kan bidra til å kartlegge personers nåværende og mulige fremtidige helsetilstand.»<sup>95</sup> Dette er aktuelt nettopp på grunn av at helseopplysninger til personer med nedsatt funksjonsevne kan være av stor interesse for arbeidsgiver ved vurderingen av om søkeren er skikket til arbeidet stillingen krever, samtidig som at personer med nedsatt funksjonsevne kan være utsatt for diskriminering nettopp på grunn av usikkerheten rundt deres faktiske og fremtidige helsetilstand.

Arbeidsgiver kan etter aml. § 9-3 kun innhente de helseopplysningene som er «nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen». Bestemmelsen er uttømmende, dermed kan ikke arbeidsgiver innhente samtykke fra arbeidssøker til innhenting av opplysninger utover det bestemmelsen ellers omfatter.<sup>96</sup> Altså er alle andre helseopplysninger ikke lov å be om eller på annen måte innhente. Ved å regulere adgangen til innhenting av helseopplysninger forhindrer man at arbeidstakere på urimelig grunnlag holdes ute fra arbeidslivet<sup>97</sup>, noe som også er forenlig med formålene bak diskrimineringsforbudet i arbeidslivet.

Bestemmelsen hindrer arbeidsgiver i å velge bort søkerne med helseproblemer, da dette tidligere kan synes å ha foregått.<sup>98</sup> Imidlertid vil arbeidsgiver kunne ha behov for å avklare sider av helsesituasjonen til søkeren, ikke bare med tanke på eventuell tilrettelegging av arbeidsforhold, men også for å gjøre seg opp et bilde av om søkeren faktisk er i fysisk stand til å utføre arbeidet.<sup>99</sup> Kravet til «nødvendighet» må dermed tolkes strengt for å ivareta søkers rettigheter, men med rom for at arbeidsgivers legitime behov for helseopplysningene blir ivaretatt.<sup>100</sup> Arbeidsgiver kan imidlertid ikke stille spørsmål om søkers risiko for fremtidig sykdom eller hel-

---

<sup>94</sup> For en bredere redegjørelse av temaet, se eksempelvis Silvelin Bratholms artikkel ”Helseopplysninger ved ansettelse” i *Arbeidsrett* Vol. 10 Nr. 2 2013, side 181-273

<sup>95</sup> Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s. 314

<sup>96</sup> Monsen: Kommentar til arbeidsmiljøloven § 9-3, note 10, *arbeidsrett.no*

<sup>97</sup> Ibid., samt Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s. 148,

<sup>98</sup> NOU 2004:5 s. 425

<sup>99</sup> Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 148, se også LDN-2012-8

<sup>100</sup> Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s. 148

seproblemer.<sup>101</sup> Jeg tolker dette slik at en arbeidsgiver vil kunne ha anledning til å spørre en rullestolbrukende søker om hvilke oppgaver han/hun kan utføre, og hvordan type tilrettelegging som vil være aktuelt, men at det ikke er adgang til å spørre om årsaken til funksjonsnedsettelsen, muligheten for helsemessige komplikasjoner, eller eventuelle sykdommer som kan oppstå med bakgrunn i funksjonsnedsettelsen.

Det er heller ikke adgang til å innhente opplysninger om sykefravær i tidligere arbeidsforhold, da dette i praksis vil være umulig uten at spørsmål om personens helsetilstand samtidig vil måtte komme opp.<sup>102</sup> Dersom opplysningene skulle komme til arbeidsgivers kunnskap uten selv å ha innhentet det (for eksempel uoppfordret fra søker, referansepersoner eller lignende), kan arbeidsgiver uansett ikke legge vekt på opplysningene.<sup>103</sup>

LDO 11/1198 omhandler dette temaet. Klager(A) hadde blitt innkalt til intervju hos B. Klager hadde i en periode før intervjuet vært helt ute av arbeidslivet på grunn av uførhet, men mente han kunne fungere i en 100% stilling ved små justeringer og tilrettelegging. Ombudet presiserte at en vektlegging av nedsatt funksjonsevne etter praksis er «ansett egnet til å stille en person dårligere til tross for at han eller hun eventuelt ikke ville fått stillingen av andre årsaker». Ombudet skulle ta stilling til om B ulovlig hadde lagt vekt på A sin nedsatte funksjonsevne, og dermed ble diskriminert på grunn av dette.

Ombudet viste til adgangen til innhenting av helseopplysninger i aml. § 9-3, og at det i lys av denne vil være adgang for B til å la A få muligheten til å utdype behovet for tilrettelegging. Imidlertid presiserte ombudet at det vil stride mot diskrimineringsforbudet å legge negativ vekt på tilretteleggingsbehov i ansettelsesprosessen. B hadde i sin avgjørelse av A poengtert at det var en viss usikkerhet knyttet til As arbeidsevne, «uten at dette var avgjørende». Ombudet la til grunn at denne formuleringen tyder på at arbeidsevnen var «tillagt noe vekt». Det forelå ingen holdepunkter om lovlig forskjellsbehandling, og ombudet fant at A hadde blitt diskriminert.

---

<sup>101</sup> Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s. 149

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> Jakhelln (2006) s. 204

Saken ble videre klaget inn for nemnda; LDN-2012-8. Nemnda kom til samme konklusjon som ombudet. Nemnda viste også generelt til at det er uheldig at mennesker med funksjonsnedsettelse føler seg mistenkeliggjort når de er klare for å gjeninntrre i arbeidslivet etter en uføreperiode. Videre presiserte nemnda at en «automatisk mistenkeliggjøring...er usaklig og stigmatiserende», og i den grad mistenkeliggjøring fører til utelukkelse fra arbeidslivet vil dette lett kunne anses som diskriminering. Dette grunnet i at slike virkninger ligger innenfor det kjerneområdet diskrimineringsreglene skal beskytte. Nemnda viste også til, som ombudet, at det må aksepteres at arbeidsgiver i noen grad må kunne stille spørsmål om arbeidssøkers arbeidsevne uten å stride mot diskrimineringsforbudet og aml. § 9-3

## **6.3 Ansettelse**

Etter at eventuell utlysning av stilling og intervju er foretatt, følger det siste steget i ansettelsesprosessen, nemlig selve ansettelsen av den foretrukne kandidaten.

Som i de tidligere stadier i rekrutteringsprosessen, gjelder diskrimineringsforbudet også ved ansettelse. Kriteriene for valget av arbeidstaker som skal ansettes må ligge innenfor rammen av diskrimineringsforbudet. Eksempelvis kan ikke arbeidsgiver velge å ansette den de gjør kun på grunn av at personen er et bestemt kjønn, rase eller er funksjonsfrisk.

Arbeidsgiver er gitt rom for å selv velge hvilke formelle kriterier arbeidstaker skal oppfylle, i den grad disse kriteriene ikke bryter med diskrimineringsforbudet. For eksempel kan arbeidsgiver selv velge om kandidaten må ha en viss type utdanning eller erfaring innen arbeidsområdet. Dersom de ønskede kriteriene og det endelige valget fører til forskjellsbehandling av en annen kandidat, må det foreligge saklig grunn, nødvendighet og ikke være uforholdsmessig inngripende for den som forskjellsbehandles.

### **6.3.1 Private vs. offentlige arbeidsgivere – krav til ansettelsen**

Også i ansettelsesstadiet foreligger det ulikheter mellom private og offentlige arbeidsgivere når det gjelder regler for hvem som skal ansettes.

Private arbeidsgivere har i stor grad frihet til å ansette den personen som de anser skikket til stillingen, uavhengig av om denne personen rent objektivt sett synes best kvalifisert. Egnethet

til stilling og arbeidsmiljø, kjemi med sjef eller ansettelsespersonale, og hvordan personen går sammen med resten av de ansatte, kan ha vel så stor betydning som formelle kvalifikasjoner. Betydningen av formelle kvalifikasjoner kan også avhenge av typen stilling. Eksempelvis vil det gjerne være høyere krav til utdanning og erfaring i en lederstilling enn dersom det er tale om en stilling som kundebehandler eller selger.

I ansettelse i offentlige stillinger vil kvalifikasjonsprinsippet være av stor betydning, se fremstilling av dette ovenfor under punkt 5.4. Ved tilsetting i slike stillinger, vil det dermed være av stor betydning hvilke kvalifikasjoner som er oppstilt i stillingsutlysningen, da disse utgjør en stor del av vurderingsgrunnlaget.

### **6.3.2 Arbeidsgivers opplysningsplikt**

Dtl.(2013) § 22 presiserer at arbeidssøker, som mener seg forbigått i strid med loven, kan kreve at arbeidsgiver skriftlig gir opplysninger om den som ble ansatt, herunder utdanning, praksis, og andre formelle kvalifikasjoner. Dette tilsier at både private og offentlige arbeidsgivere dokumenterer at det er foretatt en saklig vurdering av søkerne, samt har en begrunnet avgjørelse for valg av kandidaten som ansettes. Dersom den som ansettes har betydelig dårligere kvalifikasjoner, vil dette kunne forsterke inntrykket av at det har foregått diskriminering. For at det skal være et effektivt diskrimineringsvern, er det viktig at arbeidsgiver har grundig dokumentasjon for avgjørelsen som er tatt, slik at søker har en reell mulighet til å vurdere om det faktisk har foregått diskriminering. Etter min mening bør derfor også andre forhold med betydning for avgjørelsen, slik som personlig egnethet, dokumenteres og opplyses om.

## **6.4 Konklusjon**

De enkelte stegene i rekrutteringsprosessen utgjør nødvendigvis ikke en ”fare” for diskrimineringsvernets effektivitet alene, men samlet vil de kunne føre til at det reelle vernet, i praksis, er svakere enn det formelle vernet. Spesielt synes det å foreligge et svakere reelt vern innenfor privat sektor, enn i offentlig sektor.

Det at det ikke foreligger krav for private aktører til å utlyse en stilling, vil kunne være ugunstig for alle, og spesielt for mennesker med nedsatt funksjonsevne. Manglende utlysning vil automatisk føre til at stillinger blir besatt av allerede kjente kandidater. Et samfunn uten ut-

lysning av stillinger fører til at mennesker som står utenfor arbeidslivet ikke har mulighet til å på ny tre inn i arbeidslivet. Spesielt vil dette gjelde mennesker med lengre tids fravær fra arbeidslivet, for eksempel på grunn av funksjonsnedsettelse. Det er svært viktig at funksjonsnedsatte faktisk får muligheten til å vise seg i arbeidslivet. Dersom disse mulighetene innskrenkes ved få utlysninger, vil det være vanskelig å få et mer inkluderende arbeidsliv og samfunn.

Private aktører har også vid beslutningsmulighet når det gjelder hvilke kandidater de velger å ta inn på intervju og til slutt ansette. I mange offentlige virksomheter er det et mål om å ha en mangfoldig arbeidsstab, herunder å øke sysselsettingen av mennesker med nedsatt funksjonsevne, og IA-avtalen fremhever dette målet.<sup>104</sup> Dette er svært positivt. Private aktører som ikke er part i IA-avtalen har ingen generell plikt til å øke sysselsettingen av mennesker med nedsatt funksjonsevne, og så lenge det ikke foregår synlig forskjellsbehandling, kan private fritt velge hvem de ansetter og hvilke kvalifikasjoner som skal legges vekt på. Ved likhet mellom kandidater med og uten nedsatt funksjonsevne kan det være lett å velge den uten nedsatt funksjonsevne. Denne friheten kan skape et ensidig arbeidsliv, hvor kun de sterkeste får plass, og funksjonsnedsatte blir som følge av en slik prosess strukturelt diskriminert.

FAFO-rapport 20013:54, ”Inkludering av mennesker med nedsatt funksjonsevne i arbeidslivet”,<sup>105</sup> viser at de deltakende virksomhetene i undersøkelsen har positive holdninger til mennesker med nedsatt funksjonsevne som arbeidsressurs, og mener det er viktig å tilstrebe ansettelse av denne gruppen mennesker.<sup>106</sup> Imidlertid er det svært få som faktisk har gjennomført konkrete tiltak for rekrutteringen på dette området, og det er også stor skepsis til å praktisere ordninger hvor funksjonsnedsatte foretrekkes i situasjoner hvor kandidatene ellers står likt.<sup>107</sup>

Videre viser resultatene i undersøkelsen at virksomheter som har ansatte med nedsatt funksjonsevne, i større grad enn de uten, har målsetninger om, og gjennomfører konkrete tiltak,

---

<sup>104</sup> IA-avtalen 2014-2018 Delmål 2

<sup>105</sup> Svalund og Hansen (2013)

<sup>106</sup> Svalund og Hansen (2013) s. 57

<sup>107</sup> Ibid.

knyttet til rekrutteringen av funksjonsnedsatte.<sup>108</sup> Resultatene tyder dermed på at virksomhetenes erfaringer endrer både holdninger og praksis i en mer inkluderende og rekrutterende retning.<sup>109</sup>

Etter mitt syn vil fokus på økt rekruttering av funksjonsnedsatte kunne bedre virksomheters holdninger, samtidig som arbeidsmarkedet på sikt blir mer åpent for mennesker med nedsatt funksjonsevne. Eksempelvis kunne det for private arbeidsgivere foreligget krav om at ledig stilling skal utlyses, det skal tas inn en viss andel av funksjonsnedsatte til intervju, eller lignende tiltak. Dette vil kunne føre til at arbeidsmarkedet på sikt blir mer inkluderende, og diskrimineringsvernet mer effektivt. Slike tiltak vil også bidra til at den strukturelle diskrimineringen på sikt vil kunne falle bort. En aktivitetsplikt for alle private arbeidsgivere, ikke bare for de som sysselsetter mer enn 50 ansatte, jfr. dtl.(2013) § 24, vil også kunne bidra til økt fokus på rekruttering av funksjonsnedsatte.

Andre tiltak som etter mitt syn kan bidra til å endre praksisen i rekrutteringen som kan være positivt for mennesker med nedsatt funksjonsevne, er økt kunnskap rundt tilretteleggingsordninger, offentlige støtteordninger og hjelpemidler arbeidsgiver kan benytte seg av. Da vil kanskje holdninger om kostnader og risiko knyttet til ansatte med nedsatt funksjonsevne kunne endres, som igjen kan føre til økt rekruttering av mennesker med nedsatt funksjonsevne.

---

<sup>108</sup> Svalund og Hansen (2013) s. 59

<sup>109</sup> Ibid.



## 7 Individuell tilrettelegging i arbeidslivet

Individuell tilrettelegging er en vesentlig del av diskrimineringsvernet. For at mennesker med nedsatt funksjonsevne skal ha mulighet til å fungere i arbeidet på lik linje med funksjonsfriske, er det helt nødvendig at de, ved behov, får tilrettelagt arbeidsplassen, arbeidsoppgaver og lignende. Det at man har nedsatt *funksjonsevne* vil ikke automatisk bety at man har nedsatt *arbeidsevne*. Men dersom man har behov for tilrettelegging for å yte maksimalt, og man ikke får tilrettelegging, vil det kunne føre til at man får nedsatt arbeidsevne. Dette er verken samfunnet som helhet, arbeidsgiver eller arbeidstaker selv, tjent med. Alle som ønsker å yte maksimalt, bør få muligheten til dette om det lar seg gjøre.

For at diskrimineringsvernet skal fungere effektivt i alle deler av arbeidslivet, er det viktig at retten til individuell tilrettelegging er reell og faktisk foretas. At individuell tilrettelegging er en viktig del av diskrimineringsvernet kommer frem av i EUs rådsdirektiv 2000/78/EF fortale punkt 16; individuell tilrettelegging på arbeidsplassen spiller en «viktig rolle i bekæmpelsen af forskjelsbehandling på grund af handicap». Videre er det i CRPD artikkel 5, nr. 3 presisert at for å fremme likhet og hindre diskriminering, «States Parties shall take all appropriate steps to ensure that reasonable accommodation is provided».

Nedenfor vil jeg gå nærmere inn på hva denne retten til individuell tilrettelegging innebærer, herunder hvor omfattende plikten for arbeidsgiver er og hva som kreves av arbeidstaker selv. Jeg vil først ta for meg hovedregelen om individuell tilrettelegging i arbeidslivet. I neste delkapittel vil jeg ta for meg unntaksadgangen. Deretter vil jeg gå inn på kravene til tilretteleggingen og hvordan rammene for denne er trukket opp i lys av praksis.

### 7.1 Hovedregel: Rett til individuell tilrettelegging

Hovedregelen er at den funksjonsnedsatte arbeidstaker/-søker har rett til individuell tilrettelegging, og mangel på tilrettelegging regnes som diskriminering. Regelen kommer frem av både internasjonal og nasjonal rett. Da den nasjonale retten i stor grad bygger på den internasjonale, tar jeg for meg CRPD og EU-retten først.

## 7.1.1 Internasjonal rett

### 7.1.1.1 CRPD

Retten til individuell tilrettelegging er i CRPD omtalt som retten til «reasonable accommodation» – rimelig tilrettelegging. Retten til tilrettelegging synes meget viktig i konvensjonen, og trekkes frem som en viktig del i realisasjonen av diskrimineringsvernet. Mangel på «reasonable accommodation», regnes som diskriminering etter konvensjonens artikkel 2:

«"Discrimination on the basis of disability"... It includes all forms of discrimination, including denial of reasonable accommodation;»

Begrepet «reasonable accommodation» er definert slik i konvensjonens artikkel 2:

«"Reasonable accommodation" means necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms;»

Med rimelig tilrettelegging menes altså nødvendig og hensiktsmessige modifikasjoner eller endringer, som ikke utgjør en uforholdsmessig byrde, dersom det i en situasjon er behov for dette for å sikre at funksjonsnedsatte mennesker kan nyte eller utøve menneskerettigheter og fundamentale friheter på lik linje med andre.

Rett til slik tilrettelegging i arbeidslivet kommer frem av konvensjonens artikkel 27, punkt 1, litra i. Etter bestemmelsen skal staten sikre at mennesker med nedsatt funksjonsevne får realisert sin rett til arbeid, gjennom blant annet lovgivning som «[e]nsure that reasonable accommodation is provided to persons with disabilities in the workplace». Denne retten må imidlertid sees i sammenheng med unntaksadgangen ved «disproportionate or undue burden» i artikkel 2.

Norge har lovfestet retten til universell og individuell tilrettelegging, først gjennom aml. § 13-5 (opphevet ved ikrafttredelsen av dtl(2008)), deretter gjennom diskriminerings- og tilgjengelighetslovene. Norge har også lovfestet unntaksadgangen, unntak ved «disproportionate or undue burden». Da norsk rett presumeres å være i overensstemmelse med CRPD, må norsk rett tolkes i lys av hvordan «reasonable accommodation» skal tolkes.

#### 7.1.1.2 EU-retten

Norsk rett presumeres å være i samsvar med EUs rådsdirektiv 2000/78/EF, og retten til individuell tilrettelegging ble som nevnt i tatt inn i arbeidsmiljøloven som følge av at Norge ønsket å ha regler som samsvarte med direktivet. Retten til individuell tilrettelegging kommer frem av direktivets artikkel 5. Det kommer frem av bestemmelsen at for å sikre prinsippet om likebehandling av mennesker med nedsatt funksjonsevne, skal det foretas tilpasninger «i rimelig omfang». Videre kommer det frem at dette betyr at arbeidsgiver skal treffe hensiktsmessige tiltak i betraktning av de «konkrete behov», for å gi funksjonsnedsatte mennesker adgang til arbeid, å utøve og ha fremgang i arbeid, samt utdanning, med mindre dette påfører arbeidsgiver en «uforholdsmæssig stor byrde».

I den prejudisielle avgjørelsen i HK Danmark-saken<sup>110</sup> ble spørsmål om «rimelig tilpasning» tatt opp. Domstolen presiserte at EUs rammedirektiv måtte tolkes i samsvar med CRPD, og dette påvirket tolkningen av «rimelig tilpasning».<sup>111</sup> Det kommer frem av dommens premiss 55 at CRPDs artikkel 2 «for det første omfatter foranstaltninger, som ikke blot er materielle, men også organisatoriske». Videre ble det i samme premiss presisert at «en nedsættelse af arbejdstiden kan udgøre en af de tilpasningsforanstaltninger, der er omhandlet i dette direktivs artikel 5». En ser altså at rimelig tilrettelegging vil kunne favne vidt, og at det ikke kun er tale om fysiske tilpasninger.

Som en ser, er bestemmelsen meget lik bestemmelsen i CRPD. Det er i begge tilfeller tale om individuell tilrettelegging til det konkrete behovet, men samtidig unntak ved uforholdsmessig stor byrde for arbeidsgiver.

#### 7.1.2 Nasjonal rett

Hovedregelen om retten til individuell tilrettelegging i arbeidslivet kommer frem av dtl. (2013) § 26, som bygger på forståelsen av «rimelig tilpasning» i EUs rammedirektiv og

---

<sup>110</sup> Forenede sager C-335/11 og C-337/11 HK Danmark mod Dansk almennyttigt Boligselskab og Dansk Arbejdsgiverforening,

<sup>111</sup> Waddington (2013) s. 18

CRPD.<sup>112</sup> Formålet bak bestemmelsen er, som i internasjonal rett, å sikre reell likebehandling av mennesker med nedsatt funksjonsevne, slik at de får like muligheter i arbeidslivet som funksjonsfriske.<sup>113</sup> Bestemmelsen tar ikke sikte på å gi funksjonsnedsatte særlige rettigheter.<sup>114</sup> Av forarbeidene til dtl.(2008) kommer det frem at en individuell tilretteleggingsplikt skal utfylle plikten til generell tilrettelegging, dette fordi en individuell tilretteleggingsplikt vil være et viktig supplement i tilfeller hvor generell plikt ikke tilstrekkelig ivaretar behovene for mennesker med nedsatt funksjonsevne.<sup>115</sup> Et eksempel vil nettopp være i arbeidslivet, da man her kan ha spesifikke behov grunnet arbeidets art og den konkrete funksjonsnedsettelsen. Samtidig utgjør arbeidslivet en stor del av en persons liv, og det vil dermed være svært viktig at den funksjonsnedsattes behov nettopp ivaretas i arbeidssituasjonen.

Det kommer fremkommer av dtl.(2013) § 26, første ledd, at både arbeidssøkere og arbeidstakere med nedsatt funksjonsevne har «rett til *egnet individuell tilrettelegging* av arbeidsplass og arbeidsoppgaver for å sikre at de kan *få eller beholde arbeid*, ha *tilgang til opplæring* og annen kompetanseutvikling samt utføre og ha mulighet til *fremgang* i arbeidet *på lik linje med andre*.»(min kursivering). Arbeidsgiver plikter altså å legge til rette for individuell tilrettelegging for den funksjonsnedsatte. I dtl.(2008) § 12 het det at «arbeidsgiver skal foreta rimelig individuell tilrettelegging». Selv om loven nå opererer med uttrykket «rett til egnet individuell tilrettelegging» for den funksjonsnedsatte, i motsetning til tidligere hvor det var en plikt for arbeidsgiver, er det ikke meningen at det skal være en endring i rettstilstanden.<sup>116</sup> En *rett* for arbeidssøker/-taker vil jo kreve at arbeidsgiver har en *plikt* til å foreta de tiltak som vil oppfylle denne retten. Brudd på arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging regnes som diskriminering, jfr. dtl.(2013) § 12. I tilfellene arbeidssøker/-taker har rett til individuell tilrettelegging, og arbeidsgiver ikke foretar nødvendige tiltak, har arbeidsgiver dermed i utgangspunktet diskriminert.

Det er viktig å merke seg at det kan synes som at ikke alle mennesker med nedsatt funksjonsevne har rett til individuell tilrettelegging. Forarbeidene presiserer at behovet for tilretteleg-

---

<sup>112</sup> Ot.prp.nr 44 (2007-2008) s. 180

<sup>113</sup> Hotvedt og Syse (2008) s. 139

<sup>114</sup> LDN-2012-3

<sup>115</sup> Ot.prp.nr. 44 (2007-2008) s. 180

<sup>116</sup> Prop.88 L (2012-2013) s. 183

ging må være av en viss styrke og varighet for å begrunne et krav om individuell tilrettelegging.<sup>117</sup> Videre presiseres det at «[m]arginale eller forbigående behov, for eksempel en kortvarig nedsatt funksjonsevne, vil som hovedregel ikke utløse noen plikt til individuell tilrettelegging».<sup>118</sup> Som formålet med bestemmelsen tilsier, synes det å være slik at retten til individuell tilrettelegging oppstår i de tilfellene man uten tilrettelegging ikke vil oppnå reell lik mulighet i arbeidet som funksjonsfriske.

En ser videre at arbeidssøkere og arbeidstakere har rett til individuell tilrettelegging som er *egnet*. Begrepet «egnet» svarer til den tidligere formuleringen, «rimelig» individuell tilrettelegging.<sup>119</sup> Hva som er egnet, vil avhenge av den konkrete situasjonen og funksjonsnedsettelsen.<sup>120</sup> For å finne frem til hva som vil være egnet på arbeidsplassen og for den enkelte, vil det dermed være av stor betydning at den funksjonsnedsatte sammen med arbeidsgiver finner frem til den løsning som fungerer best. Dette vil jeg komme tilbake til nedenfor når jeg går nærmere inn i regelens innhold.

Retten til individuell tilrettelegging gjelder både for ansatte som *har* en nedsatt funksjonsevne når de starter i jobben, og de som *får* en funksjonsnedsettelse i arbeidsforholdet.<sup>121</sup> Dermed er det uten betydning at den ansatte var klar over eventuelle begrensninger som følge av funksjonsnedsettelsen. En arbeidsgiver kan derfor eksempelvis ikke unnskylde manglende individuell tilrettelegging med at den funksjonsnedsatte ”burde visst at han/hun ikke kunne utføre arbeidsoppgavene, og dermed søkt en annen jobb han/hun kunne gjøre uten tilrettelegging”. Retten til individuell tilrettelegging er jo nettopp lovfestet med bakgrunn i at alle skal ha like muligheter på arbeidsmarkedet, dermed må man også kunne ha muligheten til å velge ønsket type arbeid, uavhengig av funksjonsnedsettelse.

---

<sup>117</sup> Ot.prp.nr. 44 (2007-2008) s. 180

<sup>118</sup> Ibid.

<sup>119</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 182

<sup>120</sup> Ibid.

<sup>121</sup> Se bl.a. Statens Personalthåndbok 2014 pkt. 2.3.3.4

## 7.2 Unntak: Uforholdsmessighet – proporsjonalitet

Hovedregelen om rett til individuell tilrettelegging kan sies å være modifisert av unntaket om uforholdsmessighet. I utgangspunktet har man rett til individuell tilrettelegging, men bare i den grad det ikke skaper en uforholdsmessig byrde for arbeidsgiver. Unntaket om forholdsmessighet er oppstilt både i internasjonal og nasjonal rett.

### 7.2.1 Internasjonal rett

#### 7.2.1.1 CRPD

I CRPD er unntaket oppstilt i samme bestemmelse som definerer hva som ligger i begrepet «reasonable accommodation», artikkel 2. Retten til «reasonable accommodation» foreligger i den grad det ikke vil «impos[e] a disproportionate or undue burden». En må altså se om tiltakene («modifications and adjustments») vil være proporsjonale og forholdsmessige for pliktsubjektet.

Hva som eventuelt vil anses som «disproportionate or undue burden» er ikke nærmere spesifisert. Det må antas at dette vil bli nærmere presisert gjennom praksis. Konvensjonen er imidlertid relativt ny, og det foreligger per i dag lite praksis på området. Da konvensjonen ikke er ment å gi ”nye” menneskerettigheter,<sup>122</sup> synes det imidlertid slik at vilkåret må bli tolket i lys av lignende proporsjonalitetshensyn som har gjort seg gjeldende etter andre menneskerettskonvensjoner. EU-domstolen har tolket rammedirektivet i lys av unntaksadgangen i CRPD, se nærmere om dette i neste punkt.

#### 7.2.1.2 EU-retten

I EUs rådsdirektiv 2000/78/EF er unntaket oppstilt i artikkel 5, sammen med hovedregelen. Hovedregelen om rimelig tilpasning gjelder «med mindre arbeidsgiveren derved pålægges en uforholdsmessig byrde». En ser altså at direktivet opererer med tilsvarende vilkår som CRPD.

Imidlertid har direktivets artikkel 5, siste punktum en modifisering av unntaket. Dersom den uforholdsmessige byrde i tilstrekkelig omfang vil lettes gjennom tiltak som er normale elementer i medlemsstatens handikappoli-

---

<sup>122</sup> Quinn og O’Mahony (2012) s. 277

tikk, vil ikke byrden anses for å være uforholdsmessig stor. Et eksempel på dette kan være at staten har økonomiske støtteordninger for bedrifter som har ansatte med behov for tilrettelegging. Dersom staten har støtteordninger, må altså disse tas i betraktning i helhetsvurderingen. I HK Danmark-saken ble danske offentlige støtteordninger blant annet tatt med som et moment som kunne ha betydning.<sup>123</sup>

I den prejudisielle avgjørelsen i HK Danmark-saken<sup>124</sup> ble det i premiss 59 påpekt at om tilretteleggingen kan sies å være en «uforholdsmessig stor byrde» i hovedsak «tilkommer...den nationale ret at vurdere». En ser altså at statene selv er gitt en relativt vid skjønnsmargin i avgjørelsen av om tilretteleggingen anses uforholdsmessig. Da avgjørelsen er begrunnet på direktivets bestemmelse sett i lys av CRPD,<sup>125</sup> må det kunne antas at statene har en slik skjønnsmargin også etter CRPD.

### 7.2.2 Nasjonal rett

Unntaket fra retten til individuell tilrettelegging fremkommer av dtl.(2013) § 26, andre ledd. Det kommer frem av bestemmelsen at retten gjelder tilrettelegging som «ikke innebærer en uforholdsmessig byrde». En ser altså at unntaket samsvarer med det som følger av den internasjonale retten.

Videre kommer det frem av bestemmelsen at ved vurderingen av om tilretteleggingen innebærer en uforholdsmessig byrde skal det «særlig legges vekt på» tilretteleggingens effekt for å «nedbygge funksjonshemmende barrierer, de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen og virksomhetens ressurser». Denne opplistingen er ikke uttømmende, og andre hensyn vil kunne være av betydning i vurderingen.<sup>126</sup> Eksempler på andre hensyn som kan tenkes å ha betydning er hvor lenge det vil være behov for tilrettelegging og styrken på tilretteleggingsbehovet.<sup>127</sup> Ved kortvarige tilretteleggingsbehov, for eksempel i en omstillingsprosess, vil det kun-

---

<sup>123</sup> Forenede sager C-335/11 og C-337/11 HK Danmark mod Dansk almennyttigt Boligselskab og Dansk Arbejdsgiverforening, premiss 63-64

<sup>124</sup> Forenede sager C-335/11 og C-337/11 HK Danmark mod Dansk almennyttigt Boligselskab og Dansk Arbejdsgiverforening,

<sup>125</sup> Waddington (2013) s. 20

<sup>126</sup> Ot.prp.nr 44 (2007-2008) s. 182

<sup>127</sup> Ibid.

ne være en uforholdsmessig byrde for arbeidsgiver å tilrettelegge. Det er det konkrete behov og situasjon som danner utgangspunktet for uforholdsmessighetsvurderingen.<sup>128</sup>

### 7.3 Nærmere om innholdet i retten til individuell tilrettelegging

Redegjørelsen ovenfor viser at det foreligger en rett til individuell tilrettelegging for mennesker med nedsatt funksjonsevne i arbeidslivet, dersom dette ikke innebærer en uforholdsmessig stor byrde for arbeidsgiver. Nedenfor vil jeg gå nærmere inn på hva retten til individuell tilrettelegging innebærer.

#### 7.3.1 Avgrensninger i retten til individuell tilrettelegging

Rett til individuell tilrettelegging gjelder først og fremst kun på visse særlige samfunnsområder, herunder i arbeidslivet. Retten til individuell tilrettelegging er avgrenset slik nettopp fordi det er i disse situasjonene hvor behovet for tilrettelegging er størst.<sup>129</sup> Det må foreligge en *varig relasjon* mellom den funksjonsnedsatte, og pliktsubjektet (her arbeidsgiver) og omgivelsene.<sup>130</sup> Av dette ser en at eksempelvis særlig korte vikariater eller oppdrag, ikke vil kunne utløse en rett til individuell tilrettelegging.

Videre er bestemmelsen avgrenset til virksomheter som kan sies å ha et «særlig ansvar for personen med et tilretteleggingsbehov og som derfor kan forventes å bære kostnadene ved en slik plikt.»<sup>131</sup> For eksempel vil det være virksomheten som arbeidstakeren er ansatt i som har ansvaret for tilretteleggingen, ikke NAV eller andre instanser/organisasjoner.<sup>132</sup>

---

<sup>128</sup> Ot.prp.nr 44 (2007-2008) s. 182

<sup>129</sup> Ot.prp.nr 44 (2007-2008) s. 181

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> Ibid.

<sup>132</sup> Se eksempelvis LDO 10/175, der ombudet presiserer at det er arbeidsgiver som har ansvaret etter dtl.(2008) § 12, og man kan ikke overlate «*hele*» ansvaret til NAV.



## 7.3.2 Rett til individuell tilrettelegging – arbeidstakers plikter

### 7.3.2.1 Medvirkningsplikt

For at den individuelle tilretteleggingen skal bli mest mulig hensiktsmessig, foreligger det en medvirkningsplikt for arbeidstaker, altså er det et vilkår at arbeidstaker er med i prosessen rundt tilretteleggingen.<sup>133</sup> Arbeidstaker som vet hva som skal til for å tilfredsstille tilretteleggingsbehovet, plikter å bidra med dette, og gjerne også innhente bistand eller dokumentasjon som kan kartlegge behovet.<sup>134</sup> Personen som trenger tilrettelegging har et medansvar for å foreslå hensiktsmessige løsninger,<sup>135</sup> for eksempel at programvare, regulerbar stol/pult eller arbeidstidstilpasninger vil være passende. Dersom vedkommende ikke bidrar i denne prosessen, vil han/hun selv måtte bære konsekvensene ved eventuell manglende tilrettelegging.<sup>136</sup> Det er altså svært viktig at den som måtte trenge individuell tilrettelegging opplyser om dette, og videre bidrar med tiltak, løsninger og behovsavklaring.

En må altså gjøre en betydelig egeninnsats for at retten til individuell tilrettelegging skal bli reell. Man kan ikke bare skylde på at arbeidsgiver ”ikke gjorde noe”, dersom man ikke selv har bidratt. For noen vil det å bidra i stor grad være en selvfølge, for andre kan denne ”kampen” synes lang, krevende og demotiverende.<sup>137</sup> Dermed er det desto viktigere at tilretteleggingsprosessen ikke blir unødvendig lang og konfliktfylt. Eksempelvis viser LDO i sak 12/1943 til at tidsaspektet i tilretteleggingsprosessen kan ha innvirkning på vurderingen av om det foreligger manglende individuell tilrettelegging, men at manglende overholdelse av tidsfrister i seg selv ikke er tilstrekkelig til å konstatere brudd på tilretteleggingsplikten.

LDN har i flere saker<sup>138</sup> kommet frem til at den funksjonsnedsatte ikke har medvirket i prosessen i tilstrekkelig grad. I LDN-2012-3 fant nemnda at klager i liten grad medvirket til egen tilrettelegging, og dermed ikke oppfylte sin medvirkningsplikt. Da arbeidsgiver ikke hadde andre egnede jobber, klager ikke var tydelig på hvilke helseplager han hadde eller hva de in-

---

<sup>133</sup> Ot.prp.nr 44 (2007-2008) s. 181

<sup>134</sup> Ibid.

<sup>135</sup> Ibid.

<sup>136</sup> Ibid.

<sup>137</sup> Dette ble bl. a. fremhevet på Likestillings- og diskrimineringsombudets frokostmøte 7. april 2014

<sup>138</sup> Bl. a. LDN-2012-3, LDN-2012-50 og LDN-2013-11

nebar og at ytterligere tilretteleggingstiltak derfor ville være vanskelige å utforme, kom nemnda frem til at arbeidsgiver ikke hadde brutt tilretteleggingsplikten. Dette på tross av at klager i perioder hadde en helsemessig situasjon som gjorde det vanskelig å medvirke.

En ser altså at arbeidstakers medvirkning er svært viktig for at det skal inntre en tilretteleggingsplikt for arbeidsgiver. Selv der helsetilstanden er grunnlaget for manglende medvirkning, vil dette kunne slå tilbake på den funksjonsnedsatte. Når man har nedsatt funksjonsevne, vil helsetilstanden kunne gjøre det unormalt tungt å bidra i en tilretteleggingsprosess. Det at medvirkningsplikten synes så avgjørende, kan altså være meget uheldig for den funksjonsnedsatte. I realiteten kan dette føre til at retten til individuell tilrettelegging kun blir reell for de personene som orker å ”ta opp kampen”. For de personene som ikke orker eller klarer en omfattende medvirkning i prosessen, vil kanskje manglende tilrettelegging til slutt være den utløsende faktoren for lange sykemeldinger, og i verste fall at man faller ut av arbeidsmarkedet. Verken personen selv eller samfunnet vil tjene på at mennesker med nedsatt funksjonsevne, som kunne vært i arbeid, står utenfor arbeidslivet.

### 7.3.2.2 Valg av tiltak

Ved tilretteleggingen for arbeidstaker kan det være flere tiltak som anses passende og dekkende for det aktuelle tilfellet. Et spørsmål som kan oppstå dersom det foreligger flere aktuelle tiltak, er hvem som skal velge hvilke tiltak som skal benyttes. Det kommer frem av forarbeidene at det er den ansvarlige arbeidsgiver som skal kunne velge hvilke av de effektive tiltakene som skal benyttes.<sup>139</sup> Forutsetningen er at valget skjer i samråd med den aktuelle arbeidstakeren, og at hans/hennes synspunkt blir hørt i vurderingen av tiltakene.<sup>140</sup> Så lenge det valgte tiltaket dekker tilretteleggingsbehovet, er det imidlertid ingen ting i veien for å at arbeidsgiver velger det minst kostbare eller byrdefulle tiltaket.<sup>141</sup>

For at tilretteleggingen skal fungere slik at arbeidstakeren har like muligheter som andre, bør etter min mening kanskje arbeidsgiver, så langt det lar seg gjøre, høre på arbeidstakers syns-

---

<sup>139</sup> Ot.prp.nr 44 (2007-2008) s. 181

<sup>140</sup> Ibid.

<sup>141</sup> Ibid.

punkt og følge disse. Arbeidstaker er i mange tilfeller kanskje den som best ser hva som kan ”veie opp” for funksjonsnedsettelsen i arbeidssituasjonen. Dette vil imidlertid kunne variere fra situasjon til situasjon.

### **7.3.3 Rett til individuell tilrettelegging – arbeidsgivers plikter**

#### **7.3.3.1 Egnen**

Arbeidsgiver plikter etter bestemmelsen først og fremst å utføre «egnet» tilrettelegging. Hva som er «egnet» avhenger som nevnt av den konkrete arbeidssituasjon og det konkrete behovet, og det er vanskelig å sette opp en standard for hvilke tiltak som vil regnes som egnet og ikke. Eksempelvis vil tilrettelegging av arbeidstid eller arbeidsoppgaver kunne være egnet i en situasjon, mens det i en annen situasjon kun er behov for tilpasning av skrivepulten, arbeidsstol eller heis for adkomst til arbeidsstedet.<sup>142</sup> Det som må være avgjørende er at tiltaket som velges faktisk *fungerer* slik at arbeidstakeren oppnår *reell likhet* med de andre arbeidstakerne. Dersom det valgte tiltaket viser seg å ikke fungere, må det vurderes, og prøves, andre tiltak.

#### **7.3.3.2 ”Kan få eller beholde arbeid” og ”opplæring og annen kompetanseutvikling”**

Videre plikter arbeidsgiver å utføre individuell tilrettelegging som sikrer at arbeidstaker «kan få eller beholde arbeid, ha tilgang til opplæring og annen kompetanseutvikling samt utføre og ha mulighet til fremgang i arbeidet på lik linje med andre.», jfr. dtl.(2013) § 26. Det at arbeidsgiver er pliktet til å utføre tilrettelegging som gjør at den funksjonsnedsatte kan få eller beholde arbeid, betyr at arbeidsgiver skal vurdere tilrettelegging i rekrutteringsprosessen for arbeidssøkere,<sup>143</sup> og videre at tilretteleggingen skal utføres slik at arbeidstakeren kan beholde sitt arbeid (eventuelt vurderes til annet arbeid i virksomheten) etter at en funksjonsnedsettelse har kommet til arbeidsgivers kunnskap.<sup>144</sup>

Videre er det ikke tilstrekkelig at arbeidsgiver tilrettelegger for at den ansatte kan utføre de nåværende arbeidsoppgavene tilfredsstillende, men tilretteleggingen må også gjennomføres

---

<sup>142</sup> Ot.prp.nr 44 (2007-2008) s. 264

<sup>143</sup> Ibid. s. 183

<sup>144</sup> Ibid. s. 264

slik at den ansatte kan motta opplæring, heve kompetansen og kunne få fremgang i arbeidet. Den funksjonsnedsatte skal ha samme tilgang til for eksempel kurs og forfremmelse i bedriften. Imidlertid går ikke arbeidsgivers tilretteleggingsplikt så langt at arbeidsgiver må sørge for opplæring av en funksjonsnedsatt som ikke innehar stillingens nødvendige kompetanse.<sup>145</sup> Tilretteleggingsplikten blir først aktualisert når den funksjonsnedsatte kvalifiserer til den bestemte stillingen.<sup>146</sup>

Imidlertid kan det oppstå tvil om arbeidsgiver, i harmoni med tilgrensende arbeidsrettslige regler(aml. § 4-6), plikter å sørge for opplæring ved omplassering til annen stilling på grunn av funksjonsnedsettelsen, jfr. blant annet en drøftelse av dette i doktoravhandlingen til Tine Eidsvaag.<sup>147</sup>

### 7.3.3.3 Arbeidsgivers kunnskap om og håndtering av funksjonsnedsettelsen

I LDN-2007-21 fastslår nemnda at arbeidsgiver plikter å sette seg inn i diagnosen til den funksjonsnedsatte. Saken omhandlet en ansatt som hadde fått stilt diagnosen AD/HD i perioden ansettelsesforholdet forelå. Nemnda uttaler i saken:

«Tilretteleggingsplikten innebærer at arbeidsgiver, når de blir informert om at en arbeidstaker har fått stilt en diagnose som kan influere på utførelsen av arbeidet, setter seg inn i hva denne diagnosen innebærer. Arbeidsgiver må da, i samråd med arbeidstakeren, vurdere hva som kan gjøres for konkret å tilrettelegge for vedkommende arbeidstaker. Dette gjelder både arbeidstakere med stort fravær, og ansatte som er tilstede på arbeidsplassen, men hvor funksjonsnedsettelsen gir andre utslag enn sykefravær.»

En ser altså at arbeidsgiver, i likhet med arbeidstaker, har en plikt til å sette seg inn i hva funksjonsnedsettelsen innebærer og hvordan den påvirker arbeidssituasjonen. Dette fordi tiltakene nettopp skal ”veie opp” for funksjonsnedsettelsen, slik at arbeidstakeren står likt med andre ansatte. Dette gjelder både ved funksjonsnedsettelse som gir utslag i sykefravær, og funksjonsnedsettelse som forårsaker andre hindringer i arbeidet. Det er nødvendig at også

---

<sup>145</sup> Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s. 327

<sup>146</sup> Ibid.

<sup>147</sup> Eidsvaag, Tine (2008) s. 397-398

arbeidsgiver setter seg inn i situasjonen så godt som mulig, slik at arbeidstaker møter forståelse og samarbeid fra arbeidsgiver.

Nemnda påpeker videre:

«Når det gjelder AD/HD, finnes det flere behandlingsformer som kan være nyttige i håndteringen av de symptomer som funksjonshemmingen gir. Behandling må tilpasses den enkelte. Et første skritt for arbeidsgiver vil måtte være å innhente informasjon om AD/HD, herunder at det tas kontakt med kompetent medisinsk fagpersonale for å vurdere hva arbeidsplassen kan bidra med. En viktig del av tilretteleggingsplikten kunne vært informasjonstiltak overfor Bs kolleger, og å sikre åpenhet på den aktuelle avdelingen om at B hadde fått påvist en funksjonshemming som kunne forklare enkelte av hans atferdsproblemer.»

Av nemndas vurdering ser man at tilretteleggingsplikten også vil kunne innebære at arbeidsgiver søker bredere kunnskap om funksjonsnedsettelsen fra kompetent hold, samt videreformidler kunnskap til de ansatte. Arbeidstaker plikter ikke å oppgi diagnosen, men dersom det foreligger klar kjennskap til arbeidstakerens funksjonsevne og eventuell diagnose, vil det kunne være lettere for arbeidsgiver å innhente relevant informasjon, samt å finne frem til hvilke tiltak som er egnet.<sup>148</sup> Kanskje kan det i slike tilfeller stilles større krav til hva arbeidsgiver må gjøre etter tilretteleggingsplikten.<sup>149</sup>

Det vil være gunstig for den funksjonsnedsatte at han/hun møter forståelse for situasjonen fra andre ansatte. Samtidig er det viktig at de andre ansatte er oppmerksomme på eventuelle atferdsproblemer eller hindringer som har grunnlag i funksjonsnedsettelsen. Dette skaper et åpent, imøtekommende og inkluderende arbeidsliv, som er viktig for både den funksjonsnedsatte og de andre ansatte. Som regel vil ingen arbeidsplasser være tjent med hemmelighold eller diskusjon/baksnakking rundt et slikt forhold. Etter mitt syn vil det dermed i mange tilfeller kunne være gunstig at arbeidstaker involverer arbeidsgiver i hva funksjonsnedsettelsen/diagnosen innebærer.

---

<sup>148</sup> Likestillings- og diskrimineringsombudet (april 2014) s. 40-41

<sup>149</sup> Ibid.

### 7.3.4 Uforholdsmessighetsvurderingen

Arbeidsgiver plikter å utføre egnet individuell tilrettelegging, i den grad tilrettelegging ikke innebærer en *uforholdsmessig stor byrde*, jfr. dtl.(2013) § 26, andre ledd. Hva som regnes som uforholdsmessig stor byrde beror på den konkrete situasjonen, og det kan vanskelig settes opp konkrete regler for hva som vil regnes som uforholdsmessig. Individuell tilrettelegging kan i mange tilfeller medføre praktiske vanskeligheter, store kostnader og andre byrder for arbeidsgiver.<sup>150</sup> Forarbeidene presiserer at uforholdsmessighetsbegrensningen av retten til tilrettelegging må sees på som en sikkerhetsventil.<sup>151</sup> Uten en slik unntaksadgang kunne mange situasjoner fått urimelig utslag.

Ved vurderingen av om tilretteleggingen innebærer en uforholdsmessig byrde, skal det etter bestemmelsen «særlig legges vekt på tilretteleggingens effekt for å nedbygge funksjonshemmende barrierer, de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen og virksomhetens ressurser». Oppstillingen av momenter er som nevnt ikke uttømmende, og andre momenter kan få betydning i vurderingen. Hvor omfattende behovet for tilrettelegging er, og hva som oppnås med tilretteleggingen, vil også være sentrale momenter i vurderingen.<sup>152</sup> For eksempel vil det kunne være en strengere plikt til tilrettelegging dersom det dreier seg om å sette den ansatte i stand til å utføre de sentrale funksjonene i stillingen, enn dersom det kun foreligger et behov ved avgrensede eller mindre oppgaver.<sup>153</sup>

En ser at hensynet til den funksjonsnedsatte er trukket frem, samt hensynet til økonomi og ressurser hos arbeidsgiver. I en situasjon hvor man må vurdere tiltakenes forholdsmessighet vil det dermed kunne bli en vurdering av motstående interesser: På den ene siden skal man tilrettelegge mest mulig for den funksjonsnedsatte og hans/hennes rettigheter skal bli ivaretatt, på den andre siden skal man ikke tilrettelegge dersom kostnadene og ressurser hos arbeidsgiver blir for store - den funksjonsnedsattes rettigheter vs. virksomhetens økonomi. Allikevel er det ikke rom for en tradisjonell ”kost-nytte” vurdering av situasjonen.<sup>154</sup> Virksomheten må

---

<sup>150</sup> Ot.prp.nr. 44 (2007-2008) s. 181

<sup>151</sup> Ot.prp.nr. 44 (2007-2008) s. 182

<sup>152</sup> Ot.prp.nr. 44 (2007-2008) s. 180

<sup>153</sup> Ibid.

<sup>154</sup> Ot.prp.nr. 44 (2007-2008) s. 265

akseptere at individuell tilrettelegging vil kunne medføre økte kostnader, sammenlignet med kostnader for funksjonsfriske ansatte.<sup>155</sup> Imidlertid vil det være slik at det stilles strengere krav til ressurssterke virksomheter med god økonomi, enn til mindre og ”svakere” virksomheter.<sup>156</sup> For en liten nisjebedrift med svært få ansatte vil tilretteleggingsplikten kunne medføre store driftsproblemer, mens det for større landsomfattende og/eller internasjonale bedrifter ikke vil ha nevneverdig betydning. Dette er forhold som må tas i betraktning i vurderingen.

Nettopp det at hensyn som ressurser og kostnader kan danne grunnlag for at tilrettelegging er uforholdsmessig, vil kunne skape en uthuling av retten til individuell tilrettelegging. Særlig i mindre virksomheter, med små lokaler, få ansatte og kanskje lav lønnsomhet, vil kostnader kunne være en utløsende faktor for at det ikke kan pålegges en plikt til individuell tilrettelegging. Dette kan i realiteten føre til at rettigheten til den funksjonsnedsatte avhenger av hvor man jobber, og dette kan skape store individuelle forskjeller. Dermed vil ikke den funksjonsnedsatte ha en reell mulighet til selv å velge arbeidsplass og type arbeid, men blir hensatt til å søke/arbeide i de bedriftene hvor det er mulighet til å få tilrettelegging. Her er det viktig at det blir vurdert hvilke tiltak staten kan arbeide med, slik at retten til individuell tilrettelegging ikke i like stor grad er basert på virksomhetens eventuelle kostnader.

Forslag til hva staten kan gjøre for å bedre dagens tilstand vedrørende individuell tilrettelegging i praksis, ble blant annet påpekt av flere foredragsholdere på LDOs frokostmøte om individuell tilrettelegging i arbeidslivet og hvordan det fungerer i praksis.<sup>157</sup> Forslag som kom frem var blant annet mer kunnskap til arbeidsgiverne og simplifisering av hjelpemiddeltiltak og ressurspersoner.

Kostnadene må imidlertid plasseres i et større bilde, og man må se kostnadene i forhold til den som får nytte godt av tilretteleggingen, herunder også eventuelt andre ansatte.<sup>158</sup> For eksempel vil andre ansatte kunne ha nytte av bedret tilgjengelighet eller bedret fysisk arbeidsmiljø. Dette vil være positivt for flere enn den funksjonsnedsatte, og dermed kan man kanskje

---

<sup>155</sup> Ot.prp.nr. 44 (2007-2008) s. 265

<sup>156</sup> Ibid.

<sup>157</sup> Likestillings- og diskrimineringsombudets frokostmøte med tittel «Virker individuell tilrettelegging på grunn av nedsatt funksjonsevne i arbeidslivet?», 7. april 2014

<sup>158</sup> Ibid.

også tåle en større kostnad. Videre vil offentlige støtteordninger eller andre tiltak også måtte vektlegges, da ordningene kan medføre en lavere kostnad for virksomheten. Dersom det offentlige dekker hele eller deler av kostnaden, må dette ha innvirkning på forholdsmessigheten.<sup>159</sup> Jo mer som blir dekket av det offentlige, jo mer skal til for at kostnaden regnes som uforholdsmessig. Dette er også et moment som vil ha betydning etter EU-direktivet 2000/78/EF, jfr. artikkel 5. Norge er forpliktet etter CRPD til å hindre diskriminering og fjerne barrierer for funksjonsnedsatte. Støtteordninger og statlige tiltak for å bedre/lette tilgangen til den individuelle tilretteleggingen, vil kunne bidra til at noen barrierer i arbeidsmarkedet fjernes på sikt. Det samme vil kunne skje dersom de offentlige støtteordninger er flinke til å formidle hva de kan hjelpe arbeidsgivere og arbeidstakere med.

## 7.4 Konklusjon

Arbeidstakere og arbeidssøkere har altså en rett til individuell tilrettelegging, men retten er begrenset til tilrettelegging som ikke er en uforholdsmessig byrde for arbeidsgivere. Hva som regnes som uforholdsmessig, må avgjøres med grunnlag i den konkrete situasjonen og den funksjonsnedsettes behov. Formålet med bestemmelsen om individuell tilrettelegging, at funksjonsnedsatte skal ha like muligheter som andre i arbeidslivet, må også være et moment i vurderingen. Både samfunnet, arbeidsgivere og mennesker med funksjonsnedsettelse vil være tjent på at flest mulig med arbeidsevne er ute i arbeidslivet.

Det vil være svært vanskelig for mange arbeidsgivere dersom plikten til individuell tilrettelegging er ubegrenset. Spesielt i et arbeidsmarked hvor det finnes mange små arbeidsgivere med få ressurser, vil dette skape problemer. Allikevel er det viktig for funksjonsnedsettes adgang til arbeid at retten ikke blir uthulet gjennom forholdsmessighetskravet, altså at arbeidsgiver på en eller annen måte finner et grunnlag for å ”komme seg unna” tilretteleggingsplikten. Etter mitt syn vil offentlige støtteordninger kunne ha stor betydning, slik at mennesker med funksjonsnedsettelse får like muligheter som funksjonsfriske til å velge arbeid og arbeidsplass, og at de ikke blir ”tvunget” til virksomheter som kan bære kostnaden av tilrettelegging.

---

<sup>159</sup> Ot.prp.nr. 44 (2007-2008) s. 265



Imidlertid er det viktig at både mennesker som har nedsatt funksjonsevne, og arbeidsgivere, har kunnskap om offentlige støtteordninger, tiltak, osv. Det kan synes som at tilstanden i dag ikke er god nok, da prosessene med å få på plass individuell tilrettelegging ofte tar lang tid, det foreligger lite kunnskap blant arbeidsgivere om innholdet i tilretteleggingsplikten og mulige tiltak og støtteordninger, samtidig som ”kampen” for å få tilrettelegging oppfattes som en tung og lang vei å gå for den enkelte funksjonsnedsatte.<sup>160</sup> Det er avgjørende at de berørte – arbeidssøker/taker og arbeidsgiver – har kunnskap om reglene og mulighetene som gjelder på området. Dette gjelder både det faktum at reglene foreligger og hvor de finnes, hvordan man skal forholde seg til dem i praksis, og hvilke støtteordninger og hjelpetiltak som kan bedre situasjonen.

Retten til individuell tilrettelegging i arbeidslivet er viktig for at diskrimineringsvernet i arbeidslivet skal være effektivt. Dersom ikke regelen fantes ville nok en større andel mennesker med nedsatt funksjonsevne stått helt eller delvis utenfor arbeidslivet. Etter min mening er retten i realiteten likevel ikke fullt så effektiv som den kan, og bør, være. Til det kreves, etter mitt syn, mer og bedre kunnskap hos arbeidsgivere om retten, kortere og enklere prosesser for å få tiltakene på plass, samt bedre kommunikasjon til arbeidsgivere og arbeidstakere om mulige tiltak og støtteordninger som foreligger.

---

<sup>160</sup> Betragtninger som kom frem under LDOs frokostmøte om individuell tilrettelegging.

## 8 Avslutning

Oppgavens siktemål var å kaste lys over diskrimineringsvernets rekkevidde og innhold i arbeidslivet for mennesker med nedsatt funksjonsevne, og forsøke å finne ut om regelverket pr i dag er utformet på en slik måte at det dekker alle faktiske problemer som kan oppstå i arbeidslivet slik at det foreligger et reelt vern.

De gjeldende internasjonale og nasjonale reglene må samlet sies å gi et formelt sterkt vern mot diskriminering av mennesker med nedsatt funksjonsevne. Regelsettene samsvarer godt, og det er klart at man ikke kan operere med et absolutt forbud mot diskriminering, eller en absolutt rett til individuell tilrettelegging, da dette ikke ville fungert i praksis.

Når det gjelder de enkelte stegene i rekrutteringsprosessen, skaper ikke de *alene* nødvendigvis et svakt vern, men rekrutteringsprosessen som *helhet* vil i praksis lett skape et svakere reelt vern enn det som fremkommer av diskrimineringslovgivningen. Dette gjør seg spesielt gjeldende i det private arbeidsmarkedet, da arbeidsgiver her er gitt stor frihet som beslutningstaker. Denne friheten kan også føre til skjult diskriminering, samt prosesser som skaper strukturell diskriminering av funksjonsnedsatte.

Til tider lange og vanskelige prosesser før individuell tilrettelegging kommer på plass, fører til at denne retten formelt sett fremstår bedre enn den i realiteten er. En reell rett til tilrettelegging, uavhengig av type arbeidsgiver, krever at arbeidsgivere har kunnskap om hva det innebærer. Dermed er det viktig at hjelpetiltak formidles til arbeidsgivere og funksjonsnedsatte. Dersom man ikke vet hva som finnes, er det vanskelig å få på plass en tilrettelegging som fungerer.

Det blir interessant å se hvordan diskrimineringsvernet utvikler seg i fremtiden, og spesielt hvilken betydning CRPD vil få for norsk rett.

## 9 Litteraturliste

### 9.1 Juridisk litteratur

- Bratholm, Silvelin. *Helseopplysninger ved ansettelse*. I: Arbeidsrett Vol. 10 Nr. 2 2013 s. 181-273. (Sisert fra Idunn.no).
- Craig, Ronald. *Systemic Discrimination in Employment and the Promotion of Ethnic Equality*. Martinus Nijhoff Publishers Leiden/Boston, 2007. E-bok hentet fra Brill Online Books and Journals via Bibsys:  
<http://booksandjournals.brillonline.com/content/books/9789047411352>
- Craig, Ronald. *Systemisk diskriminering i arbeidslivet og proaktive forpliktelser – et komparativt perspektiv*. I: Diskriminerings- og likestillingsrett. Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.). Universitetsforlaget, Oslo, 2008, s. 357-376.
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg ved Jan E. Helgensen. Universitetsforlaget, Oslo, 2001.
- Eidsvaag, Tine. *Handlaus gjæte: vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse*. Avhandling (ph.d.) – Universitetet i Bergen, 2009. E-bok hentet fra bora.uio.no via Bibsys:  
[https://bora.uib.no/bitstream/handle/1956/3589/Dr.thesis\\_Tine%20Eidsvaag.pdf?sequence=1](https://bora.uib.no/bitstream/handle/1956/3589/Dr.thesis_Tine%20Eidsvaag.pdf?sequence=1)
- Holgersen, Gudrun. *Etnisk diskriminering*. I: Diskriminerings- og likestillingsrett. Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.). Universitetsforlaget, Oslo, 2008, s. 150-184.
- Hotvedt, Marianne Jenum og Syse, Aslak. *Vernet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming og alder*. I: Diskriminerings- og likestillingsrett. Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.). Universitetsforlaget, Oslo, 2008, s. 112-149.
- Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. Universitetsforlaget, Oslo, 2003. (4. opplag 2007).
- Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utg. N. W. Damm & Søn, Oslo, 2006. (6. opplag 2012).
- Ketscher, Kirsten. *Diskrimineringsforbud – Nogle generelle overvejelser*. I: Diskriminerings- og likestillingsrett. Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.). Universitetsforlaget, Oslo, 2008, s. 33-57.

- Monsen, Katrine Rygh. *Kommentarer til aml. § 9-3*, i: Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven (nettversjonen). Henning Jakhell, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.) [Sisert 18.04.2014]
- Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. *Innføring i folkerett*. 3. utg., Universitetsforlaget, Oslo, 2006.
- Smith, Eivind. *Konstitusjonelt demokrati*. Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, Bergen, 2009.
- Strand, Vibeke Blaker. *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse. Hvor langt rekker individvernet?* Gyldendal Norsk Forlag AS, Oslo, 2012.
- Syse, Aslak og Hotvedt, Marianne Jenum. *Om diskrimineringsvern i et menneskerettsperspektiv – med fokus på diskrimineringsgrunnlaget "nedsatt funksjonsevne"*. I: Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter – Vol. 25, Nr. 2 2007 s. 119-139. (Sisert fra Idunn.no).
- Rannveig Traustadóttir. *Disability Studies, the Social Model and Legal Developments*. I: The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives. Oddný Mjöll Arnardóttir and Gerard Quinn (red.) s. 3-16 Martinus Nijhoff Publishers Leiden/Boston, 2009. E-bok hentet fra Brill Online Books and Journals via Bibsys:  
<http://booksandjournals.brillonline.com/content/books/9789004180802>
- Quinn, Gerard og O'Mahony, Charles. *Disability and human rights: A new field in the united nations*. I: International Protection of Human Rights: A Textbook. Catarina Krause og Martin Scheinin (red.). Second revised edition. Åbo Akademi University, Institute for Human Rights. Turku/Åbo, 2012.
- Waddington, Lisa. *HK Danmark (Ring and Skoube Werge): Interpreting EU Equality Law in Light of the UN Convention on the rights of Persons with Disabilities*. I: European Anti-Discrimination Law Review. No. 17 - 2013, s. 11-21.

## 9.2 Lover og forarbeider

### 9.2.1 Norske lover

- 1814                      Kongeriget Norges Grundlov,  
                               given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814,  
                               (Grunnloven)

1967	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. Februar 1967
1983	Lov om statens tjenestemenn m.m (tjenestemannsloven) av 4. mars 1983 nr. 3
1992	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. November 1992 nr. 109
1998	Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) av 17. juli nr. 61
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30
2005	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62
2008	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminering- og tilgjengelighetsloven) av 20. juni 2008 nr. 42
2013	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering) 21. juni 2013 nr. 58
2013	Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) 21. juni 2013 nr. 59
2013	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet) 21. juni 2013 nr. 60
2013	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) 21. juni 2013 nr. 61

### 9.2.2 Norske forarbeider

NOU 2004:5	<i>Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.</i>
NOU 2005:8	<i>Likeverd og tilgjengelighet. Rettslig vern mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne. Bedret tilgjengelighet for alle.</i>
Ot.prp.nr 67 (2004-2005)	<i>Om lov om statens embets- og tjenestemenn</i>
Ot.prp.nr 49 (2004-2005)	<i>Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)</i>

Ot.prp.nr 44 (2007-2008)	<i>Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)</i>
Prop. 88 L (2012-2013)	<i>Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)</i>

### 9.2.3 Internasjonale konvensjoner

Barnekonvensjonen (BK)	FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989
CRPD	UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 13. desember 2006
EF-traktaten (Roma-traktaten)	Traktaten om opprettelse av Det Europeiske Felleskap, Roma 25. mars 1957
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950
Kvinnekonvensjonen(KDK)	FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, 18. desember 1979
Rasediskrimineringskonvensjonen(RDK)	FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering, 21. desember 1965
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske Rettigheter, 16. desember 1966
TEUF (Lisboa-traktaten)	Traktaten om den Europeiske Unions Funksjonsmåte, Lisboa 13. desember 2007, i kraft 1. desember 2009
ØSK	FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16. desember 1966

Wien-konvensjonen

Wien-konvensjonen om traktatretten,  
Wien 23. mai 1969

#### **9.2.4 Internasjonale komiteer og generelle kommentarer**

ØSK-komiteen

FNs komité for økonomiske, sosiale og  
kulturelle rettigheter

ØSK-komiteens General Comment No. 20

Non-discrimination in economic, social  
and cultural rights (art. 2, para. 2, of the  
International Covenant on Economic,  
Social and Cultural Rights), 9. juli 2009

### **9.3 Rettspraksis**

#### **9.3.1 Høyesterettspraksis**

Rt. 1988 s. 20

Rt. 2000 s. 1811      Finanger I

Rt. 2001 s. 418      Kårstø

#### **9.3.2 Praksis fra andre nasjonale håndhevingsorganer**

##### **9.3.2.1 Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO)**

Saksnr:            09/2343

Saksnr:            10/175

Saksnr:            11/1198

Saksnr:            11/2038

Saksnr:            12/541

Saksnr:            12/666

Saksnr:            12/1943

##### **9.3.2.2 Likestillings- og diskrimineringsnemnda (LDN)**

Dok.nr.:            LDN-2007-21

Dok.nr.:            LDN-2011-25

Dok.nr.: LDN-2012-3  
Dok.nr.: LDN-2012-8  
Dok.nr.: LDN-2012-28  
Dok.nr.: LDN-2012-33  
Dok.nr.: LDN-2012-50  
Dok.nr.: LDN-2013-11

### 9.3.2.3 Sivilombudsmannen

Uttalelse: SOM-2013-1401

## 9.3.3 Internasjonal rettspraksis

### 9.3.3.1 EU-domstolen

Sag C-170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mod 13. mai 1986

Karin Weber von Hartz

(nettutgave hentet fra <http://eur-lex.europa.eu>)

Forenede sager C-335/11 og C-337/11 HK Danmark mod 11. april 2013

Dansk almennyttigt Boligselskab og Dansk Arbejdsgiverforening,

(nettutgave hentet fra <http://eur-lex.europa.eu>)

### 9.3.3.2 Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

Belgian Linguistic Case,

Application no. 1474/62; 1677/62;

1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64

The European Court of Human Rights,

Strasbourg, 23 July 1968

## 9.4 Andre kilder

Intensjonsavtale for et mer inkluderende arbeidsliv (IA-avtalen) 2014-2018. PDF-fin hentet fra denne nettside:

[http://www.regjeringen.no/nb/dep/asd/tema/velferdspolitik/inkluderende\\_arbeidsliv/ia-dokumenter/IA-avtalen-2014-2018.html?id=752432](http://www.regjeringen.no/nb/dep/asd/tema/velferdspolitik/inkluderende_arbeidsliv/ia-dokumenter/IA-avtalen-2014-2018.html?id=752432)



Likestillings og diskrimineringsombudet. LDOs statistikk. Klagesaker etter diskrimineringsgrunnlag, samfunnsområde og saksår 2007-2012. (2013a) PDF-fil hentet fra denne nettside:

<http://www.ldo.no/no/Tema/Statistikk-og-analyse/Klagesaker-etter-diskrimineringsgrunnlag/> [Sisert 22.04.14]

Likestillings- og diskrimineringsombudet. LDOs statistikk. Veiledningssaker etter diskrimineringsgrunnlag, samfunnsområde og saksår 2007-2012. (2013b) PDF-fil hentet fra denne nettside:

<http://www.ldo.no/no/Tema/Statistikk-og-analyse/Veiledningssaker-etter-diskrimineringsgrunnlag/> [Sisert 22.04.14]

Likestillings- og diskrimineringsombudet. Forbudet mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne. Rett til individuell tilrettelegging for arbeidstakere og arbeidssøkere med nedsatt funksjonsevne – en oppsummering, april 2014. PDF-fil hentet fra denne nettside:

<http://www.ldo.no/no/ombudet/Aktuelt/Nyheter/Arkiv/Nyheter-i-2014/Se-fagmotet-pa-Youtube/>

Likestillings- og diskrimineringsombudet. Frokostmøte med tittel «Virker individuell tilrettelegging på grunn av nedsatt funksjonsevne i arbeidslivet?», 7. april 2014, Oslo. Kan sees på denne lenken:

[https://www.youtube.com/watch?v=xoQE\\_USONGg&feature=youtu.be](https://www.youtube.com/watch?v=xoQE_USONGg&feature=youtu.be)

LinkedIn.

<http://www.linkedin.com/about-us> [Sisert 26.03.14]

Regjeringen.no. Arbeids- og sosialdepartementet. Tema. Velferdspolitik.

[http://www.regjeringen.no/nb/dep/asd/tema/velferdspolitik/inkluderende\\_arbeidsliv.html?id=947](http://www.regjeringen.no/nb/dep/asd/tema/velferdspolitik/inkluderende_arbeidsliv.html?id=947) [Sisert 29.03.2014]

Statens personallåndbok - 2014 (hentet fra [www.lovdata.no](http://www.lovdata.no))

<http://lovdata.no/pro/#document/SPH/sph-2014>

Statistisk sentralbyrå: Funksjonshemmede, arbeidskraftundersøkelsen, 2013, 2. kvartal

<http://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/statistikker/akutu/aar> [Sitert 29.03.2014]

Store Norske Leksikon - diskriminering

<http://snl.no/diskriminering> [Sitert 29.01.14]

Svalund, Jørgen og Hansen, Inger Lise Skog. *Inkludering av personer med nedsatt funksjons-  
evne i arbeidslivet*. Fafo-rapport 2013:54. PDF-fil hentet her:

<http://www.fafo.no/pub/rapp/20344/index.html>

UN Enable. Convention and Optional Protocol Signatures and Ratifications.

<http://www.un.org/disabilities/countries.asp?navid=12&pid=166> [Sitert 17.02.14]

World Health Organization. *Towards A Common Language for Functioning, Disability and  
Health: ICF*. (Geneva 2002)

<http://www.who.int/classifications/icf/icfbeginnersguide.pdf?ua=1>